

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Sayı 9 • 2010 (Bahar)

Sahibi ve Yazı İşleri Müdürü	M. Macit Kenanoğlu
Yayın Kurulu	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mustafa Şentop, Murteza Bedir, Sami Erdem
Yayın Danışma Kurulu	Prof. Dr. İdris Bostan (İstanbul Üniversitesi) Prof. Dr. Feridun Emecen (İstanbul Üniversitesi) Prof. Dr. Mehmet İpşirli (Fatih Üniversitesi) Prof. Dr. İsmail E. Erünsal (Marmara Üniversitesi) Prof. Dr. M. Emin Artuk (Marmara Üniversitesi) Prof. Dr. İbrahim Kâfi Dönmez (29 Mayıs Üniversitesi) Prof. Dr. Kemal Beydilli (29 Mayıs Üniversitesi) Prof. Dr. Osman Kaşıkçı (Fatih Üniversitesi) Prof. Dr. Engin Deniz Akarlı (İstanbul Şehir Üniversitesi)
Editör	M. Macit Kenanoğlu
Kapak tasarımı	MimEmin
Sayfa tasarımı	Ender Boztürk
Baskı	İhlas Gazetecilik A.Ş. Tel. 0 212 454 30 00
Basım yılı	Mayıs 2014

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları yılda iki sayı yayımlanan hakemli bir dergidir.
Dergide yer alan yazıların ilmi ve fikrî sorumluluğu yazarlarına aittir.

Yönetim

Namık Kemal Cad. Menekşe Sok. Eraykent Sitesi 9-B/20 İdealtepe/İstanbul
e-posta: bilgi@hukuktarihi.com

ISSN 1306 - 6889

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Sayı 9 • 2010 (Bahar)

İçindekiler

<i>Editörün Notu</i>	6
Osmanlı Dönemi Türk Sinemasında Hukuki Düzen <i>Ayhan Ceylan</i>	7
Osmanlı Mahkeme Kayıtlarına Göre Ru'yet-i Hilâl <i>Recep Çiğdem</i>	21
Galata ve İstanbul Mahkemelerinde Kefalet Sözleşmesinin Görünümleri, 1791-1795 <i>Osman Safa Bursalı</i>	37
Hukukun Tarihini Yazmak: Yeniden İnşa, Anlatı, Kurgu? <i>Michael Stolleis (çev. Muhammed İktbal İmamoğlu)</i>	89

Kitâbiyat

Şeyhülislam Ebussuud Efendi, <i>Ma'rûzât</i> <i>Fatma Gül Karagöz</i>	131
--	-----

Ekler

Kur'ân-ı Kerim ve Kânûn-ı Esâsî <i>Kolcalı Abdülaziz (haz. Abdullah Taha İmamoğlu)</i>	137
---	-----

EDİTÖRÜN NOTU

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisinde yayınlanmaya başlanan ve altı metinden oluşan İtalyan Konsolosluk Mahkemeleri Takrirlerinin ilk ikisi daha önceki 7. ve 8. sayılarımızda yayınlanmıştı. Geriye kalan sayılar da dergimizin ilerleyen sayılarında yayınlanmaya devam edecektir. Dergimize ulaşan ve ek olarak yayımlanabilecek önemli metinlerin yayımlanmasında gecikme yaşanmaması adına bu erteleme yapıldığını okuyucularımıza duyururuz.

EDİTÖR

Osmanlı Dönemi Türk Sinemasında Hukuki Düzen

Ayhan Ceylan*

Bu makale, Osmanlı dönemi Türk sinemasının hukuki düzenini incelemeyi amaçlamaktadır. Sinema, Batı'da ortaya çıktıktan hemen sonra Osmanlı imparatorluğu topraklarına girmiştir. Osmanlı toplumunda sinemanın yayılmasıyla, sinema hakkında hukuki düzenlemeler yapılması ihtiyacı doğmuştur. Bazı düzenlemeler yapılmış olmasına rağmen, Osmanlı döneminde sinema hakkında kapsamlı normların yürürlüğe girmediği görülmektedir. Bu arada hükümet, film gösterimleri hakkındaki bireysel başvurulara ve taleplere bazı çözümler geliştirmiştir. Bazı sınırlamalar öngörmesine rağmen, Osmanlı imparatorluğu sinemayı kategorik olarak yasaklayıcı bir tavır sergilememiştir. Bu çalışma, Osmanlı arşiv belgeleri ışığında Osmanlı Türk sinemasının hukuki düzenini ele almaktadır.

Anahtar kelimeler: Türk sineması, Osmanlı sinema hukuku, Türk sinema hukuku, Türk kitle iletişim hukuku, Türk sinemasında sansür

The Legal Order of Turkish Cinema in the Ottoman Period

This article aims to examine the legal order of Turkish cinema in the Ottoman period. The cinema had entered the territory of the Ottoman Empire shortly after its emergence in the West. The legal regulation on cinema had been needed with the spread of cinema in Ottoman society. Although some regulations had been drafted, the overall regulatory text about the cinema had not been enacted during the Ottoman period. Meanwhile, the government had developed the solutions to individual applications and requirements about film screenings. The Ottoman Empire had also developed some criteria on these individual applications. Despite some limitations about the cinema, the Ottoman Empire had never been a categorical prohibitionist. This study examines the Ottoman Turkish cinema's legal order in the light of the Ottoman archival documents.

Keywords: Turkish cinema, Ottoman cinema law, Turkish cinema law, Turkish mass media law, censorship in Turkish cinema

Batılılaşmanın etkisiyle resim, fotoğraf ve tiyatrodan sonra sinema sanatı da çok geçmeden Osmanlı topraklarına girmiştir. Sarayda Sultan II. Abdülhamid'in hususi tiyatrosunda haftanın belli günlerinde temsil ve konser verilmekte, bir eğlence aracı gözüyle bakılan sinema gösterileri

* Prof. Dr., İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

düzenlenmektedir. Osmanlı sarayının ilgisi, hatta desteği, bu yeniliklerin başlangıçta seçkin ve belirli çevrelerle sınırlı da kalsa, benimsenmesinde etkili rol oynamıştır.

Yabancı operatörler ve sinemacılar eliyle, saray ve konak gösterilerini aşarak Beyoğlu'nda dar bir çevreden yavaş yavaş İstanbul'a ve diğer şehirlere yayılan sinema, kitleye yönelmesine paralel olarak idari, mali, siyasi ve hukuki boyutlarıyla iktidar tarafından düzenleme ve denetim kapsamına alınmaya çalışılmıştır. Bugün bir asrı aşan Türk sinema tarihinin yaklaşık çeyrek asırlık Osmanlı dönemi tecrübesinde nasıl bir hukuki düzene sahip olduğu konusunda dönem belgeleri dikkate alınarak yapılan yeterli çalışma bulunmamaktadır. Dönem sinema literatüründe, genelde hukuki düzene çok az değinilmekte, değinen çalışmaların bir kısmında da eksik, hatalı, bazen de birbiriyle çelişen bilgilere yer verilmektedir. Bu çalışma, Osmanlı arşiv belgeleri ışığında Osmanlı dönemi Türk sinemasının hukuki düzenini ele almayı hedeflemektedir. Makalede, "Osmanlı dönemi Türk sineması" ifadesiyle, yabancılar, gayrimüslim teba veya müslüman Türk toplumu ayrımı yapılmaksızın Osmanlı topraklarında gerçekleştirilen sinema faaliyeti kastedilmiştir.

I. Genel Olarak Osmanlı Dönemi Türk Sineması

Sinemanın resmen ilk ortaya çıkışı Lumière kardeşlerin 1895 yılında Paris'te gerçekleştirdikleri gösterime bağlanmaktadır.¹ Sinematografin kısa bir süre sonra Osmanlı topraklarına girdiği anlaşılmaktadır. Sarayda taklid ve hokkabazlık yapan Bertrand adlı bir Fransız tarafından 1896 sonu – 1897 başı aralığındaki bir zaman diliminde Osmanlı sarayına sinema tanıtılmıştır.² Bu erken tarihe işaret eden Başbakanlık Osmanlı Arşivindeki bir belgede, "Fransız Sefareti'nin, 21 Haziran 1896'da Jamin isimli bir Fransız'ın, sinematograf için ihtiyaç duyduğu elektrik lambasının gümrükten geçirilmesine izin verilmesine Osmanlı Hariciye Nezareti nezdinde aracılık ettiği" bilgisi verilmektedir.³ Padişah II. Abdülhamid Berlin Sefareti'nden yeni sinema resimleri ve

1 Giovanni Scognamillo, *Türk Sinema Tarihi*, 2. bsk., Kabalcı Yayınevi, İstanbul 2003, s. 15; Kayıhan İçel, *Kitle İletişim Hukuku*, 9. bsk., Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 391.

2 Ayşe Osmanoğlu, *Babam Sultan Abdülhamid*, Elif Çakır (haz.), 2. bsk., Selis Kitaplar, İstanbul 2008, s. 76.

3 BOA, BEO, 799/59906, 13 Muharrem 1314.

özellikle de Çin'in durumu ve savaşlarına ilişkin resimlerin kendisine gönderilmesini istemektedir.⁴

Osmanlı Devleti'nde halka açık ilk film gösterisi, 1896-1897 yılları arasında Romanya uyruklu bir Polonya Yahudisi olan Sigmund Weinberg tarafından Galatasaray'daki Sponek Birahanesi'nde gerçekleştirilmiştir. Osmanlı coğrafyasının farklı bölgelerinde olmak üzere ilk film çekimleri 1896 yılında Alexandre Promio'nun öncülüğünde yapılmıştır. Bu dönemde, filmlerin gösterimi için özel bir mekan bulunmamakta, gösteriler; tiyatro, kıraathane, sirk veya birahane gibi farklı yerlerde sunulmaktadır. 1908 yılında ilk yerleşik sinema salonu yine Weinberg'in çabalarıyla kurulmuştur. Sinema Osmanlı coğrafyasına erken bir dönemde girmişse de, I. Dünya Savaşı'na kadar İstanbul ve Beyoğlu civarıyla sınırlı kalmış, işletme çevresi de azınlıklar ve yabancılardan oluşmuştur. Türklerin sinemaya ve sinema işletmeciliğine olan ilgisi 1910 yılıyla birlikte başlamış, Türkler tarafından ilk sürekli sinema salonu da 1914 yılında İstanbul'da Milli Sinema adıyla açılmıştır.⁵

Yabancıların, azınlıkların ve Türklerin teveccühüyle zamanla sinema nitelik ve nicelik açısından gelişmiş, Osmanlı toplumunun farklı kesimlerinde ve değişik bölgelerinde yayılmaya başlamıştır. Merkez Ordu Sinema Dairesi, Müdafaa-i Milliye Cemiyeti ve Malûlîn-i Askeriyeye Muavenet Heyeti gibi aynı zamanda gelir amacı taşıyan kurumsal yapılar Türk sinemacılığının bu başlangıç evresinde önemli roller üstlenmişlerdir. Sinemanın yaygınlaşması iktidarın sinema üzerindeki kontrolünü de beraberinde getirmiştir.

Sinematograf, Osmanlılarda daha çok bir eğlenceye işaret eden Arapça "oyun" anlamına gelen *lu'b* kelimesinin çoğulu olan *lu'biyât* kapsamında değerlendirilmiştir. Nitekim Cemiyet-i Umumiye-i Belediye tarafından tanzım edilen Rûmî 1326 (1911/1912) tarihli tarifede,⁶ sinematograf; tiyatro, sirk, cambazlar, hayalciler, panoramacılar, pandomimacılar, hokkabazlar ve kukla gibi *lu'biyât*/oyunlar kategorisi içinde yer almaktadır. "Gösteri" anlamına gelen *temâşâ* kelimesinden hareketle sinema salonları da *temâşâhâne* olarak isimlendirilmiştir.

4 BOA, *Y.PRK.EŞA.*, 40/1, 20 Mart 1318.

5 Nijat Özön, *Türk Sinema Tarihi, 1896-1960*, 3. bsk., Doruk Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 32-41; Scognamiglio, *a.g.e.*, s. 17-19.

6 "Çalgı ve Lu'biyât Ruhsatıyeleri Tarifesi" için bkz. Osman Nûrî, *Mecelle-i umûr-ı belediye*, c. II, Dersaadet 1330, s. 464-465.

II. Sinemaya İlişkin Genel Hukuki Düzenlemeler

A. Genel Olarak

Bir kitle haberleşme aracı olan sinemanın Osmanlı topraklarında ortaya çıkışı ve özellikle bu dönemdeki hukuki düzeni matbaa ve basına benzer bir seyir izlemiştir. Osmanlı Devleti'nde matbaa ve gazetenin ilk ortaya çıkışı azınlık teba veya yabancılar eliyle gerçekleşmiş, devlet belirli şartlar koymakla beraber bu yöndeki faaliyetleri engellememişti. Devletin himayesinde ve müslüman Türkler tarafından toplumun ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik ilk matbaanın kurulması ve 1831 yılında ilk Türkçe gazetenin yayınlanmasında; “şer‘ ve nizama dokunur olmama ve faydalı olma” gerekçelerine yer verilmişti.⁷ Batı’da icat olunan ve oradan Osmanlı topraklarına yabancılar ve azınlıklar marifetiyle getirilen sinemanın kabulünde de, Osmanlı devlet kurumları tarafından araştırılıp “bir mahzur mütalaa olunmadığı”na karar verilmesi etkili olmuştur.⁸ Basın ve matbaada olduğu gibi sinemanın da, başlangıçta kamuoyu oluşturacak ve siyasal etki doğuracak bir düzeye ulaşamamasından olsa gerek, hazırlık yapılmışsa da, bu çalışma layiha düzeyinde kalmış, genel ve soyut bir hukuki düzenleme yürürlüğe konulmamıştır. Bununla birlikte, bireysel sinema gösterimi taleplerine verilen izinlerden anlaşıldığı kadarıyla devlet belirli bazı sınırlama esasları da oluşturmuştur.

Bu dönemde hazırlanan ve kronolojik sırayla aşağıda içeriklerinden bahsedilecek iki metin sinemaya yönelik bakış açısını yansıttığı gibi dönem uygulamalarıyla da mütenâsip düşmektedir. Bunlardan ilki, “Memâlik-i Şâhânede Sinematograf Temâşâ Ettirilmesinin Şerâit-i İmtiyâziyesi”, diğeri, “Tiyatro, Sinema ve Buna Mümâsil Lu‘biyât Mahallerinin Sûret-i Küşâdı ve İdareleri Hakkında Nizamnâme Lâyihası”dır.

B. “Memâlik-i Şâhânede Sinematograf Temâşâ Ettirilmesinin Şerâit-i İmtiyâziyesi”

“Memâlik-i Şâhânede Sinematograf Temâşâ Ettirilmesinin Şerâit-i İmtiyâziyesi”⁹ adlı bu şartnamenin arşiv kaydına göre tahmini tarihi 1903

7 Geniş bilgi için bkz. Ayhan Ceylan, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Basım ve Yayımında Hukuki Düzen, 1839–1876”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, sy. 1 (2006), s. 141 vd.

8 “(...) bir günâ tehlikesi olmayub hatta Avrupa’nın büyük şehirlerinde dahi şâyân-ı takdir olduğu ve mezkûr âletin tiyatro ve diğer bu gibi bir mahalle vaz’ında bir mahzur mütalaa olunmadığı nezâret fen müşavirliğinden ifade kılınmış (...)” Posta Nâzırı, BOA.İ.RSM., 6/22, 20 Muharrem 1314.

9 BOA, Y.PRK.AZJ., 46/16, 29 Zilhicce 1320. İmtiyaziye’nin bir çalışmada Osmanlı Devleti’nde

miladi yılına tekabül etmektedir. Ancak, bu tarih, metnin maddelerinde “sinema şirketinin varlığına işaret eden” ve sonraki bir tarihe ait olması muhtemel bilgi örneğinde olduğu gibi, ihtiyatla karşılanmalıdır. Uygulamaya girdiği hakkında bir bilgi bulunmayan şartnamenin, maddelerinden bir kısmı dönem sinemasının hukuki düzenine ilişkin ipuçları vermektedir. Buna göre:

- Osmanlı Devleti’nde sinematografla genel mahallerde sinema gösterme imtiyazı 35 sene müddetle verilecektir (m.1),

- Padişah, bir eşkiya çatışmasını, askerî manevrayı ve savaşı görmek istediğinde imtiyaz sahipleri bu olayların meydana gelmesinden önce fotoğrafçıları göndererek dürüst ve tarafsız bir şekilde görüntü aldracak ve bunları padişaha arzedeceklerdir. Padişah izin vermedikçe bunları halka veya askerî heyetlere gösteremeyeceklerdir (m. 5),

- İmtiyaz sahipleri sağlığın muhafazası, çocukların terbiyesi ve aile hayatına ilişkin en nezih ve makbul resimleri göstermek suretiyle genel ahlakın yücelmesine gayret edeceklerdir (m.9),

- Büyük şehirlerde sinema gösterimi için özel bina yapılacak, kasaba, köy ve panayırda ise imtiyaz sahiplerinin çadırları kullanılacaktır (m. 13),

- Gösterime sunulacak her film önce saltanat memurlarının tasdik ve tasvibine sunulmak ve gösterim izni almak zorundadır (m. 15),

- Yabancı ülkelere ilişkin resim ve olaylardan adap ve ahlaka aykırı olmayanlar, günlük programdaki resimlerin yarısını geçmemek üzere büyük şehirlerdeki özel binalarında halka gösterilebilecek, esaslı hurafelere dayanan, faydasız ve gereksiz görüntülerin gösteriminden kaçınılacaktır (m. 16),

- İmtiyaz sahipleri “Osmânî Sinematograf ve Lantermajik ve Menâzır-ı Muhtelif İrâesi Şirketi” adlı bir anonim şirketi teşkil edeceklerdir (m. 19),

- Bu şirketin devlet daireleriyle yazışmalarında resmî dil olan Türkçe kullanılacak ve şirketle ilgili davalar Osmanlı mahkemelerinde görülecektir (m. 20),

- Şirketin sinema gösterimi için ihtiyaç duyduğu ve yabancı ülkelere alınacak malzemeler gümrük resminden muaf tutulacaklardır (m. 21),

sinemaya ilişkin ilk “nizamnâme” olarak nitelendirilmesi (Bkz. Ali Özuyar, *Devlet-i Aliyye’de Sinema*, De Ki Basım Yayım, Ankara 2007, s. 12), Osmanlıca metnin sehven okunmasından kaynaklanmış olsa gerektir. Zira, imtiyaz şartnâmeleri ile nizamnâmeler farklı hukukî belgelerdir.

- İmtiyaz süresi sona erdiğinde tüm araç ve gereçlerle emlak parasız olarak devlete devredilecektir (m. 23),

- Osmanlı Devleti'nde bulunan büyük resmi binalar ile ortaya çıkarılmış tarihi eserlerin görüntülerini gerek içerde ve gerekse yabancı ülkelerde satma hakkı sinematograf imtiyazı sahiplerine verilecektir (m. 24),

- İmtiyazın verilmesinden önce Osmanlı beldelerinin çıkartılmış görüntülerinin satışı yasaklanmayacak, ancak imtiyaz tarihinden sonra ticaret erbabı tarafından görüntü elde edilmesi yasaklanacaktır (m. 25).

Görüldüğü üzere, imtiyaz şartnamesi; genel mahallerde sinema gösterimini imtiyaza bağlamış, anonim şirket şeklinde bir yapılanmayı zorunlu kılmış, büyük şehirlerde sinema gösterimi için özel binaları gerektirmiş, sinema filmlerinin gösterim öncesi sansüre tabi olacağını belirtmiş ve imtiyaz sahiplerine bir takım haklar sağlamıştır. Ayrıca, sunulacak sinema gösterilerinde; sağlığın korunması, çocukların terbiyesi, aile hayatının korunması ve adap ve ahlaka aykırı olmama gibi denetim kriterleri öngörmüştür.

C. “Mümâsil Lu'biyât Mahallerinin Sûreti Küşâdı ve İdareleri Hakkında Nizamnâme Lâyihası”

Sinemanın daha geniş bir kitleye yayılması bir düzene kavuşturulması çabalarını da beraberinde getirmiştir. 17 Eylül 1916 tarihinde Dahiliye Nezareti tarafından Sadaret'e arzedilen yazıda, “Tiyatro, Sinema ve Buna Mümâsil Lu'biyât Mahallerinin Sûreti Küşâdı ve İdareleri Hakkında Nizamnâme Lâyihası” hazırlandığı belirtilmektedir. Bu Nizamnâme üç fasıl halinde 60 maddeden oluşmaktadır.¹⁰ Birinci fasıl, “Tiyatrolara İlişkin” (1-30. md.), ikinci fasıl, “Sinemalar Hakkında” (31-39. md.), üçüncü fasıl, “At ve İp Cambazları ve Hayvanât-ı Ehliye ve Vahşiye Mürebbileriyle Sâir Lu'biyât Mahallerine Dâir” (40-59. md.) hükümlere ayrılmıştır.

Ekim 1917'de Dahiliye Nezareti'nden Sadaret'e arzedilen başka bir yazıda layihanın incelenmek üzere Şura-yı Devlet'e havale olunduğu belirtilmektedir. Bu arada, Nizamnâme Lâyihası üzerinde kısmî tadilat yapılmıştır. 1919 yılı Mayıs ayında, Dahiliye Nezareti bu kez incelenmek üzere gönderilen Layihanın bir buçuk yıldır bitirilememesini bir anlamda Sadarete şikayet etmekte, düzen ve asayişle ilgili olması dolayısıyla bir an evvel yürürlüğe konulmasını

¹⁰ BOA, *DH.EUM.VRK.*, 28/13, 22 Zilkade 1334.

istemektedir.¹¹ Temmuz ayında bu layihanın Dahiliye Nezareti'nin ikazlarına atfen Sadaret'in talebiyle Şura-yı Devlet tarafından iade edildiği anlaşılmaktadır.¹² Bu sırada, sefaretlerden yabancı ülkelerde sinemaların ne şekilde denetlendiğine ilişkin düzenlemeler de istenmiştir. Bunun üzerine, Bulgaristan'da, İsveç'te, Avusturya'da, Fransa'da ve Almanya'da yapılan denetime ilişkin düzenlemeler gönderilmiş veya bilgi verilmiştir.¹³ Ancak sefaretlerin yaptığı çalışmaların ne layihada ne de bu dönem başka bir çalışmada değerlendirilmesi söz konusu olmuştur. Sinemanın hukuki düzenine ve denetimine yönelik layihanın bazı hükümleri şunlardır:

- Sinema binası inşa ve açılması tiyatrolar hakkındaki hükümlere tabi kılınmıştır (m. 31),

- Sinema müdürleri, gösterime sunacakları sinema programını 24 saat önceden; Dersaadet'te Polis Umum Müdürlüğüne, taşrada ise en büyük mülkiye memuruna sunmaya mecburdular (m. 33),

- İlk defa gösterime sunulacak sinematografların; İstanbul'da polis müdüriyetlerinden, taşralarda ise en büyük mülkiye memuru tarafından gönderilecek memurun huzurunda denetlenerek onay alması gerekmektedir. Bu denetim memurlarına gösterilmeyen veya gösterilse de izin alamamış filmlerin gösterimi yasaktır (m. 34),

- Filmlerin tanıtımına yönelik perdeye aksettirilecek yazıların her halde Türkçe olması gerekmektedir. Ancak, Türkçe'den sonra diğer dillerle tanıtım yapılabilecektir (m. 35),

- Mezheplerin saygınlığını ihlal eden resimlerin ve Osmanlı topraklarında tanınmış unsurlardan birini aşağılayan veya küçümseyen filmlerin gösterimi yasaktır (m. 36),

- Hayat-ı milliyeyi inciten, asayişin ihlaline sebep olan filmler ile edebe ve iffete aykırı, açık resimlerin gösterimi yasaktır (m. 37),

- Üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmeyen sinema müdürleri hakkında ceza kanunu gereğince takibat yapılacaktır (m. 39).

11 BOA, *DH.EUM.6.Şb.*, 38/12, 18 Şaban 1336.

12 BOA, *BEO*, 4528/339581, 7 Zilkade 1336.

13 BOA, *DH.EUM.VRK.*, 28/60, 14 Ramazan 1336; BOA, *DH.EUM.VRK.*, 29/3, 25 Şevval 1336; BOA, *DH.EUM.VRK.*, 29/7, 13 Zilkade 1336; BOA, *DH.EUM.VRK.*, 29/8, 14 Zilkade 1336; BOA, *DH.EUM.VRK.*, 29/15, 16 Muharrem 1337; BOA, *DH.EUM.VRK.*, 29/42, 1 Ramazan 1337.

Layihada, bina yapımı ve açılması bakımından sinema, tiyatro hükümlerine tabi tutulmuş, bir tür denetime işaret eden sinema programının önceden belirli makamlara sunulması zorunlu görülmüş, aynı şekilde gösterime sunulacak sinema filmlerinin sansür edilerek izin alınması mecburi hale getirilmiş, ayrıca, mezhep saygınlığı, toplumu oluşturan farklı unsurların tahkir edilmemesi, milli değerlerin dikkate alınması, asayişin ihlal edilmemesi ve edep ve iffete aykırı filmlerin sunumu yasaklanmıştır.

III. Bireysel Düzenlemeler ve Uygulama Çerçevesinde Sinemanın Hukuki Düzeni

A. Sinematograf ve Sinema Gösterimine İlişkin Sınırlamalar

Yürürlüğe girdiğine ilişkin somut bir bilgiye ulaşamadığımız ve yukarıda yer verdiğimiz iki genel düzenleyici metin, Osmanlı döneminde sinema hakkındaki bakış açısını yansıtmak ve uygulamaya ilişkin ipuçları vermekle birlikte, dönem sineması hakkında doğru ve uygulamayı yansıtan esas bilgi ve belgeler bireysel talepler ve işlemler sonucunda belirginleşmiştir. Bireysel talepler karşılığında devletin zamanla yerleşik ilke ve kurallar oluşturduğu görülmektedir.

Basın hürriyetinin gerçekleşmesi öncelikle matbaanın serbestçe kurulmasına bağlı olduğu gibi, sinema hürriyeti de, sinematografin ülkeye girmesinin, sinema mekanlarının açılması da dahil olmak üzere sinema gösteriminin serbestliğiyle bağlantılıdır. Bu kapsamda yapılacak sınırlamalar sansürü meydana getirecektir. Nitekim Osmanlı devleti, pek çok Avrupa ülkesine paralel şekilde sansüre başvurmuştur¹⁴.

Öncelikle, sinematograf veya çalıştırılması için ihtiyaç duyulan aletlerin Osmanlı topraklarına girişi kısıtlanmıştır. II. Abdülhamid'in elektriğe karşı olan tavrı, elektrikle ilgili araçların ülkeye sokulmasını izne tabi kılmıştır. Bu yüzden, yabancılar geçiş izni almak için zaman zaman Osmanlı makamları nezdinde yabancı elçilerin aracılığına başvurmak zorunda kalmışlardır. Kısıtlamanın zamanla esnediği, bununla birlikte yine de gümrükte verilen teminatlara bağlandığı anlaşılmaktadır.¹⁵

14 Sinematografik hürriyet, sansür ve çeşitli ülkelerdeki ilk uygulaması için bkz. Alim Şerif Onaran, *Sinematografik Hürriyet*, İçişleri Bakanlığı, Ankara 1968; Özkan Tikveş, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Sinema Filmlerinin Sansürü*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1968, s. 6 vd.

15 BOA, BEO, 799/59906; BOA, BEO, 843/63218, 18 Rebiülahır 1314; BOA, BEO, 2625/196810,

Sinema gösterimi de yapılan başvuru üzerine izin verilmesine bağlanmıştır. Bir Avusturyalı'nın Beyoğlu'nda meyhanede sinema temaşası için ruhsat başvurusu, bir beis olmadığı ifade olunarak olumlu karşılanmıştır.¹⁶ İki Fransız'ın Şirket-i Hayriye'nin metrûk vapurlarından biri üzerinde halka sinematograf temaşa ettirmek üzere kiralama taleplerine ilgili birimlerden izin vermemeleri istenmiştir.¹⁷ II. Meşrutiyet sonrası düzenlenen bir tarife lahikasında ruhsatname almaksızın şahıs veya kumpanya adına icra edilecek lu'biyâtın, belediye ve zabıta memurlarınca menedileceği belirtilmiştir.¹⁸

İstihbarat odası açarak halka sinema gösterisi yapmak üzere gelmek isteyen Alman İstihbarat Heyeti'ne kolaylık gösterilmesi bildirilmiş,¹⁹ 1918 yılında, dönem şartlarının da etkisiyle sinema çekimi, Karargâh-ı Umûmi İstihbarat Şubesi'nden alınacak bir belgeye bağlanmıştır.²⁰

B. Sinema Filmlerinde Denetim ve Ölçüleri

Belgelerden tespit edilebildiği kadarıyla sinematografla ilk gösterimler, kısa filmler yanında çeşitli resimlerden oluşmaktadır. Mersin'e gelen bir Yunanlı, gazinoda sinematografla Avrupa hükümdarları ve Sultan Abdülaziz'in resmini göstermiştir. Hükümdarlara ait resimlerin tiyatro ve bu gibi sahnelerde gösterilmesi adaba aykırı bulunarak ilgili kişinin uyarılması istenmiştir.²¹ Beyoğlu'nda Halep Çarşısı'ndaki tiyatrodaki Napolyon'un Mısır'daki savaşları ve diğer bazı manzara resimlerinin sinematografla gösterimi uygun görülerek, gösterilecek manzara fotoğraflarının önce Matbuat-ı Dahiliye İdaresi'ne gösterilerek tasdik ettirilmesi ve ondan sonra teşhir edilmesi, ayrıca bu tür muzır resimlere meydan verilmemesi Zabtiye Nezareti'ne bildirilmektedir.²² Buna rağmen men edilen resimlerin gösterilmesine devam edilmesi üzerine, Matbuat-ı Dahiliye İdaresi tarafından Zabtiye Nezareti'nin etkili bir şekilde tedbir alması gerektiği belirtilmektedir.²³ Beyoğlu'nda Odeon Tiyatrosu'nda

15 Cemaziyelahir 1323; BOA, *BEO*, 3229/242126, 9 Zilhicce 1325; BOA, *BEO*, 3281/246071, 27 Safer 1326; Özön, *a.g.e.*, s. 32, 39.

16 BOA, *BEO*, 3235/242565, 21 Zilhicce 1325.

17 BOA, *BEO*, 3339/250375, 21 Cemaziyelula 1326.

18 Osman Nûri, c. II, s. 466.

19 BOA, *DH.EUM.KLU*, 9/9, 6 Şaban 1333.

20 BOA, *DH.EUM.VRK*, 28/51, 4 Cemaziyelahir 1336.

21 BOA, *DH.MKT*, 537/38, 3 Rebiülahir 1320.

22 BOA, *DH.MKT*, 823/38, 4 Zilhicce 1321.

23 BOA, *DH.MKT*, 827/40, 7 Zilhicce 1321.

sinematograf ile adab-ı umumiyeeye aykırı resimler gösterildiği ve bunların yasaklandığı anlaşılmaktadır.²⁴

Bu sıralar hem film gösterme aracı hem de filmlerin neredeyse tamamı yurt dışı kaynaklıdır. Bu yüzden, İngiltere tebasından olan şahısların getirecekleri sinematografıta kullanacakları elektrik dinamosu ve motorunun dönüşlerinde götürölmek üzere gümrükçe teminata bağlanması yanı sıra, sinematograf içinde muzır resimlerin olup olmamasına da dikkat edilmesi istenmektedir.²⁵ Selanik'te bir kahvehaneye getirilen sinematograf ile gösterilen “anarşistlikle ilgili cinayet hadiselerini” gösterdiği belirtilen filmlerin polis idaresince kayıtsız kalınarak yasaklanmadığı tespit edilmiş, polis idaresinin bu konuda uyarılması ve zararlı görölen bu tür filmlerin gümrükten geçirilmesine izin verilmemesi bildirilmiştir.²⁶ Sinema ile bir konferans tertip etmek isteyen Berlin posta katiplerinden Nikola'nın bu talebi; filmlerin polis sansürüne tabi olması ve mahzurlu görölenlerin gösterilmemesi şartıyla uygun bulunmuştur.²⁷

Sansür sinematograf ilan varakalarına kadar uzanabilmektedir. Beyoğlu'nda matbaada basılan iki kıta sinematograf ilan varakası basan kişi hakkında; birinde sansür memuru tarafından çıkarılan fıkra aynen basıldığı, diğesinde ruhsatsız tab ve neşr yapıldığı gerekçesiyle gerekli hukuki müeyyidenin uygulanması istenmiştir.²⁸

Dönemin olağanüstü şartları da dikkate alınarak, sinema şeritleriyle tiyatro piyeslerinin artık polis tarafından tetkik ve takip edileceğinden dolayı, sansür heyetlerinin müdahale yetkisinin kalmadığının sansür merkezlerine bildirilmesi Başkumandanlık Vekaleti tarafından verilen cevap tezkeresinde açıklanmıştır.²⁹

Sinemanın çocuklar ve kadınlar üzerindeki olumsuz etkisine dikkat çekilmiştir. İstanbul'da bulunan umumi sinemalara gitmekte olan çocuklara, filmlerde yer alan “vakâyi-i cinâiyye”nin ahvâl-i ruhiyye ve tabiatlarına olumsuz tesir etmesi “gelecekleri ve ahlakî” açılardan mahzurlu ve muzır görölerek, çocuklara has hususi sinemalar istisna tutularak, bazı ölkelerde olduğı üzere

24 BOA, *ZB.*, 328/6, 1 Teşrinisani 1324.

25 BOA, *DH.MKT.*, 1203/80, 25 Şaban 1325.

26 BOA, *TFR.I.A.*, 36/3508, 12 Ramazan 1325.

27 BOA, *HR.SYS.*, 2441/69, 15 Teşrinievvel 1333.

28 BOA, *DH.MKT.*, 1113/35, 9 Recep 1324.

29 BOA, *DH.EUM.KLU.*, 15/23, 8 Rebiülahir 1333; BOA, *DH.HMŞ.*, 18/117, 8 Rebiülahir 1333.

16 yaşından küçük çocukların sinemalara girişinin yasaklanması ve Şura-yı Devlet tarafından hazırlanan nizamnâme lâyihasına derc edilmesi istenmektedir.³⁰

Beyrut ulema ve eşrafından gelen telgraflarda; müslüman kadınların ahkâm-ı şer‘iyye ve adetlere aykırı olan sinemalara girmesinin yasaklanması gerekirken, Beyrut valisinin himayesinde kadınların film seyrettikleri, hükümetin buna izin vermemesi istenmektedir. Şeyhülislamlık’tan Dahiliye Nezareti’ne gönderilen yazıda “icab-ı hâlin süratle ifâsı” istenirken,³¹ Lübnan’ın hassas durumu da göz önüne alınmış olmalıdır. Zira, İstanbul’da kadınların, erkeklerle birlikte sinemaya gitmemek ve ayrı ayrı oturmak gibi kısıtlamalara tabi olmakla birlikte kategorik bir yasakla karşı karşıya olmadıkları görülmektedir.³²

Himaye-i Etfâl Cemiyeti’nin (Çocukları Koruma Cemiyeti) şikayetiyle yapılan incelemede Kahrı köy (Karaköy) ve Beyoğlu’nda iki sinemanın sinema afişlerinde yer alan; “gençlere veya genç kızlara yasak” şeklindeki ibarelerin, gençlerin daha fazla merakını celbettiği, genel ahlak ve adaba aykırı filmlerin yabancı ülkelerde dahi yasak olduğu dikkate alındığında bu tür filmlerin yasaklanması istenmektedir.³³

Meşihat Makamı’ndan Dahiliye Nezareti’ne gönderilen yazıda Hz. Peygamber’in yaklaşan doğum gününe hürmeten sinema, tiyatro ve diğer eğlence mekanlarının çalışmaktan men edilmesi talep edilmektedir.³⁴

Savaş yıllarında, sinemanın etkili bir iletişim ve propaganda aracı olabilme yönlerinden istifade edilmiştir. Maarif-i Umumiye Nezareti’nce öğrencilerde vatana bağlılık ve askerliğe temayül gibi hisleri uyandırmak amacıyla Dersaadet Merkez Kumandanlığı’nın kurulmuş olan ordu sinemasında hazırlanan ve Osmanlı coğrafyasının muhtelif savaş bölgelerindeki askeri hareketi içeren filmlerin makul bir ücretle gösterilmesi istenmektedir.³⁵

Sinemanın bir eğlence aracı olduğu da dikkate alınarak savaş ortamında ilanlarına kısıtlamalar getirilmiştir. 1918 yılında Başkumandanlık’ça, cephedeki savaşan askerin psikolojisi dikkate alınarak hayır kurumları yararına

30 BOA, *BEO*, 4446/333413, 28 Safer 1335.

31 BOA, *DH.İD.*, 65/27, 12 Safer 1331.

32 BOA, *MF.MKT.*, 1216/71, 22 Şaban 1334; Scognamillo, *a.g.e.*, s. 20–21.

33 BOA, *DH.KMS.*, 62/18, 26 Ramazan 1340.

34 BOA, *DH.EUM.AYŞ.*, 48/26, 11 Rebiülevvel 1339.

35 BOA, *MF.MKT.*, 1230/37, 16 Zilhicce 1335.

olanlar hariç; tiyatro, sinema, konser, sirk gibi eğlenceye yönelik ilanların oyun ve teşhir olundukları binalar müstesna Osmanlı basınında ve sokaklarda asılması ve teşhiri yasaklanmış, aksine hareket edenlerin Divan-ı Askeriye'ye sevk olunacakları belirtilmiştir.³⁶ İstanbul'un işgali esnasında İtilaf Kuvvetleri Komutanı general Wilson'un emriyle; tiyatro, sinema, lokantalar ve içki satılan mahallerin ancak gece saat 12'ye kadar açık kalabilecekleri ifade edilmiştir.³⁷

Osmanlı yönetimin sinema işletmesinde tekелci bir anlayışı benimsemediği sonucuna ulaşılabilir. Trablusgarp Belediyesi'nin ilkokul ve sanayi okulları yararına sinema işletimini tekeline alması, "sinema işletiminin tekел altına alınmaya uygun olmadığı" gerekçesiyle Ticaret ve Nâfia Nezareti'nce uygun bulunmamış, sinemanın serbestçe kurulması ve bir yarar gözetilecekse seyircilerden maktu bir ücret alınması gerektiği söylenmiştir.³⁸

Bireysel talep ve işlemler ile uygulama çerçevesinde idari otoritenin sinema filmlerinin denetiminde bazı kıstaslar geliştirdiği gözlenmektedir. Buna göre, sinema filmleri;

- hükümdarların saygınlığına dokunmayacak,
- dini değerlere, ahlaka ve adaba aykırı olmayacak,
- herhangi bir devletin siyasi propagandasını yapmayacak,
- müstehcen resim veya filmlere yer vermeyecek,
- suç işlemeye özendirici ve teşvik edici mahiyette olmayacak,
- çocukların ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlaki gelişimini zedelemeyecektir.

Bu ölçüler tespit edilirken, din, ahlak ve örf-adetin dikkate alındığı, yer yer yabancı ülkelerdeki standartlara da atıf yapıldığı görülmektedir. Filmler, kural olarak ön denetim şeklinde gösterim öncesi bir sansüre, bazen de şikayetler üzerine gösterim sonrası bir denetime tabi tutulmaktadır. Belgelerde sansür kurullarının ve memurlarının varlığına rastlansa da bunların mahiyeti hakkında ayrıntılı bir bilgiye ulaşılammıştır.

36 BOA, *DH.EUM.6.Şb.*, 31/29, 5 Cemaziyelevvel 1336.

37 BOA, *DH.EUM.AYŞ.*, 2/2, 13 Mart 1919.

38 BOA, *DH.MKT.*, 2822/47, 3 Cemaziyelevvel 1327.

Sonuç

Modern toplumun bir ürünü olan sinema, Batı'ya yönelmekle birlikte hala önemli ölçüde geleneksel değerlerle şekillenen bir toplumda dikkate değer bir muhalefetle karşılaşmamıştır. Bunda, genel olarak dinen sakıncalı görülmemesi ve ilmen yararlı olduğuna karar verilmesi kadar, ortaya çıktığı dönemdeki saray ve Osmanlı seçkinlerinin, hatta toplumun olumlu tavrı da etkili olmuştur.

Osmanlı topraklarına girişi, matbaa ve basına benzer bir seyir izleyen sinemanın, çok geçmeden eğlence boyutu yanında toplum üzerinde etkili olabilen kitle haberleşme aracı olma boyutu anlaşılmıştır. Siyasi otorite bir yandan sinemayı hukukun düzenleme hazırlıklarına başlarken, öte yandan yapılan bireysel başvuru ve taleplere karşı çözüm oluşturmaya koyulmuştur. Ancak, Osmanlı dönemi Türk sineması açısından yürürlüğe giren genel düzenleyici bir metin olmamış, yapılan hazırlıklar tasarı düzeyinde kalmıştır. Aynı şekilde, belge olarak metnine rastladığımız İmtiyaz Şartnamesi'nin de uygulamaya geçtiği bilgisine ulaşamamıştır. Bireysel talep ve başvurular ile uygulama dikkate alındığında devletin bazı ortak kıstaslar geliştirdiği gözlenmiştir.

Sinemanın basına nispetle erken dönemde genel ve soyut hukuki bir metinle düzenlenemeye kavuşamamasında; yaygınlığının dönem itibarıyla sınırlı olması, Türklerin nispeten geç dönemde sinemayla tanışmaları, siyasal etki doğuracak bir araç niteliği kazanamaması ve dönemin işgal ve savaş şartları etkili olmuş olmalıdır. Sinemanın gelişimindeki bu koşullar, düzenlenişi kadar denetlenmesinde getirilen kriterlere de yansımış; koruma devlete değil, topluma yönelik olarak şekillenmiştir. Osmanlı devleti sinemaya bir takım sınırlamalar getirmekle beraber, başlangıcından itibaren kategorik yasakçı bir anlayış oluşturmamıştır.

Osmanlı Mahkeme Kayıtlarına Göre Ru'yet-i Hilâl*

Recep Çiğdem**

Hiz. Peygamber döneminden itibaren orucun başlaması ve bitişinin tespiti üzerinde önemle durulmuştur. Bu bağlamda, ru'yet-i hilâl konusu İslam tarihi boyunca tartışılmıştır. Çıplak gözle ayın görülmesini arzu edenler yanında, teknik ve teknolojik aletlerle gözlem yapma ve astronomi bilgisinden faydalanmayı esas alanlar da olmuştur. Biz bu çalışmada, Osmanlı mahkeme kayıtları ışığında Ramazan'ın başlangıç ve bitişini araştırmaya çalışacağız.

Anahtar kelimeler: Ru'yet-i hilâl, mahkeme, Osmanlı imparatorluğu, Ramazan, bayram

Ru'yat-i hilal as Highlighted by the Ottoman Court Registers

The beginning and the end of the month of Ramadan have been seen as an important event since the time of the Prophet Muhammad. *Ru'yat-i hilal* (sighting the crescent moon) has been under discussion throughout the Muslim history. While some desire to sight the crescent moon with naked eye, the others want to take into account the data provided by the technology and the astronomers. This article will investigate the beginning and the end of the month of Ramadan in the light of the Ottoman law-court registers.

Keywords: Observation of crescent moon, law court, Ottoman empire, Ramadan, *iyd*

Giriş

Cinsel istek ve arzular ile yeme ve içmeden imsak vaktinden güneşin batışına kadar uzak kalmayı ifade eden oruç, Müslümanlara¹ Kur'an'ın açık

* Bu makale, Ümraniye Belediyesi tarafından 13-15 Temmuz 2012 tarihleri arasında düzenlenen “1. Uluslararası Ramazan Sempozyumu”nda sözlü olarak sunulan aynı adlı bildiri esas alınarak hazırlanmıştır.

** Prof. Dr., Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi.

1 Eski ümmetlere de orucun farz kılındığını ayet ifade etmiştir: “Ey iman edenler! Allah'a karşı gelmekten sakınmanız için oruç, sizden öncekilere farz kılındığı gibi, size de farz kılındı” (Bakara 2/183). Hristiyanlıkta oruç için bkz. Matta, 4/1-2, 6/6-18; Markos, 2/18-20, Barnabas, 107-110; Ekrem Buğra Ekinci, *İslam Hukuku ve Önceki Şeriatler*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2003, s. 143-144.

ifadesi ile farz kılınmıştır.² Hz. Peygamber'in oruç tutarak pratik yapması da Ramazan'ın farziyyetini kesinleştirmiştir.³ İslam dünyası Ramazan'a ayrı bir önem vermektedir. Ramazan şenlikleri adı altında Ramazan ayının dolu dolu geçirilmesi, fakirlere yardım yapılması, iftarların düzenlenmesi bu geleneklerden bazılarıdır. Ramazan ayı, üzerine titrenilen bir ay olmasına rağmen başlangıç ve bitiş günlerinin tespiti hala tartışmaların mihenk taşı oluşturmaktadır. İslam ülkelerinin farklı günlerde Ramazan'a başlayıp bitirmeleri, İslam dünyasının bölünmüşlüğüne göstermektedir. Hatta Kırım gibi komünizm sonrası İslam ile yeniden tanışan milletlerde bu bölünmüşlük ailelerde bölünmelere de neden olmaktadır. Kırım müftüsü Hacı Emirali Ablaev, bu bölünmüşlük engellenmediği takdirde Tatar aileler arasında bunun ciddi problemlere neden olacağını birkaç defa tarafıma ifade etmiştir.⁴ Bölünmüşlüğü engellemek için Diyanet İşleri Başkanlığı ve diğer kuruluşların yapmış olduğu toplantılar da ne yazık ki çare olamamaktadır.

I. Ru'yet-i Hilâl

Bu kısa girişten sonra, Hz. Peygamber'den günümüze tartışıla gelen ru'yet-i hilâl konusuna bakabiliriz. Kur'an'da, vakitlerin belirlenmesi için hilâlin önem arz ettiği açıkça ifade edilmiştir: "Sana hilallerden soruyorlar. De ki: Onlar insanlar için de, hac için de vakit ölçüleridir."⁵ Bu nedenle, bazı ibadetlerin vakitleri ay hesabı dikkate alınarak belirlenir.⁶ Oruç, hac, zekat bu ibadetler arasında yer alır. Orucun başlangıcı ve bitişi için hilalin görülmesi esas alınmıştır. Ancak hilalin çıplak göz ile görülmesinin şart olup olmadığı, astronomik hesaplamaların yeterli olup olmadığı hala tartışmalıdır. Bu tartışmanın ana noktasında şu hadis yer alır:

2 "(...) O halde sizden her kim, Ramazan ayına şahit olursa, onda oruç tutsun. Her kim de onda hasta veya yolcu olursa, başka günlerde (tutsun). Allah, sizin için kolaylık ister, zorluk istemez (...)" (Bakara 2/185).

3 "(...) Kim inanarak ve mükafatını Allah'tan bekleyerek Ramazan orucunu tutarsa, o kimsenin geçmiş günahları bağışlanır." Buhârî, "Savm", 6 (tüm hadisler *el-Kütübü's-sitte ve şürühuhâ*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1981'den alınmıştır); İbn Hacer el-Askalânî, *Fethu'l-bârî bi-şerhi sahihi'l-Buhârî*, Mektebe es-Selefiyye, 1407, c. IV, s. 138-139.

4 Benzer şikayetler için bkz. <http://www.kalgaydergisi.org/index.php?sayfa=dergiicerik&sayi=43&kod=56>

5 Bakara 2/189.

6 Namaz vakitlerinin belirlenmesinde Güneş'in hareketi esas alınır.

“(Ramazan ayının) hilalini gördüğünüzde oruç tutun. (Şevval ayının) hilâlini gördüğünüzde de bayram edin. Eğer hava kapalı olursa, sayıyı (oruca başlamak için Şaban ayını, bayram etmek için ise Ramazan ayını) otuza tamamlayın.”⁷

Diğer bir hadis şöyledir:

“Ayın yirmi dokuzuncu gecesi olunca hilali görmeden orucu açmayın. Şayet hava kapalı olursa sayıyı otuza tamamlayın.”⁸

Bu hadisler, Ramazan ayı hilalinin tespit edilmesini istemiştir. Bu hadislerin metni çıplak gözle ayın görülmesine işaret etmektedir. Ancak çıplak göz kadar güvenilir olan astronomik hesaplara bu hadisler yer vermemişlerdir. Hz. Peygamber’den şöyle bir rivayet kaynaklarda yer almaktadır: “Biz ümmi bir ümmetiz, yazı bilmez, hesap bilmeyiz.”⁹ Her ne kadar bu hadis, bazı alimler tarafından astronomik hesaplamaların dikkate alınmayacağı şeklinde yorumlansa da, bu hadiste bununla ilgili açık bir hüküm yoktur. Hadis kendi dönemi ile ilgili bir tespit yaparak o dönemde yazı ve hesap işlemlerinin gelişmediğini ifade etmektedir. Daha sonraki dönemlerde gelişen bilim alanının verilerinin dikkate alınmayacağı ile ilgili bir şey söylememektedir. Hadisin bu şekilde yorumlanması, bilimsel gelişmelerin İslam’da dikkate alınmayacağı sonucunu doğurur ki; bu, İslam’ın amacı ve hedefi ile bağdaşmadığı gibi “hikmet Müslüman’ın yitik malıdır, nerede bulursa, o ona daha layıktır (onu alır)”¹⁰ gibi hadislerle çelişir.

Yukarıda yer alan hadislerden dolayı, oruca başlama ve bitirme konusunda İslam tarihi içerisinde iki farklı görüş oluşmuştur. Bir kısım alimler, hilalin gözle görülmesini şart koşarken, diğer bazı alimler astronomik verilerin yeterli olacağını ifade etmişlerdir. Astronomik verilerin yeterli olacağını ifade eden alimler arasında şu isimler yer alır: Mutarrif b. Abdullah b. Şihhâr, Muhammed b. Mukâtil er-Râzî, İbn Kuteybe, İbn Süreyc, Kâdî Abdulcebbâr, Kâdî Ebû Tayyib et-Taberî, Muhammed Remlî, Zerkeşî, Takıyyüddîn Subkî, Muhammed b.

⁷ Ahmed b. Hanbel, *Musned*, c. II, s. 430.

⁸ Buhârî, “Savm”, 11.

⁹ Buhârî, “Savm”, 13.

¹⁰ İbn Mâce, “Zühd”, 15; Tirmizî, “İlim”, 19.

Seleme.¹¹ Bilmen, Türkiye’de astronomik verilerin dikkate alındığını belirterek bu görüşe meyletmıştır.¹²

Yukarıda yer alan hadisleri temel alan Hanefî, Şâfi’î ve Mâlikîler, Şaban ayının 29. gününden itibaren hilali görme araştırmalarının yapılmasını vacip olarak kabul etmişlerdir. Aynı şekilde, sürenin tamamlanması için yine Şevval ayının hilalini gözetleme çalışmaları yapmak da vaciptir. Hanbelîler ise bunu mendup olarak algılamışlardır.¹³

Ramazana başlangıcı ve bitişinin tespitinde hilalin çıplak gözle görülmesini dikkate alanlar, görenlerin sayısı ve nitelikleri konusunda da farklı görüşler beyan etmişlerdir. Ramazan başlangıcı için Hanefîlere göre, Şaban ayının 29. günü güneş battıktan sonra hilal gözetlenir;¹⁴ hilal gözetlendiği halde görülmezse, Şaban ayı 30 güne tamamlanır. Havanın kapalı olduğu durumlarda hilalin tespiti için Müslüman, ergin, akıllı, adil hür veya köle, erkek veya kadın *mestürü’l-hâl* (dine saygısızlığı açıkça bilinmeyen) tek¹⁵ kimsenin tanıklığı yeterlidir. Ayrıca, şehadet lafzı, dava¹⁶ ve mahkeme kararı gerekli

11 Muhammed b. Ahmed İbn Rüşd el-Hâfid, *Bidâyetü’l-müctehid ve nihâyetü’l-muktesid*, Daru’l-Fikr, Beyrut t.y., c. I, s. 207; Muhammed el-Hâtibî Şirbinî, *Muğni’l-muhtâc ilâ ma’rifeti me’ânî elfâzi’l-Minhâc*, Matbaa Mustafa Halebî, Kahire 1958, c. I, s. 420; Muhammed Emin İbn Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, Kahraman Yayınları, İstanbul 1984, c. II, s. 387-388; Tahtavî, *Hâşiyetü Tahtavî*, Temel Neşriyat, İstanbul 1985, s. 539; Ömer Nasuhi Bilmen, *Büyük İslam İlmihali*, Bilmen Basımevi, İstanbul t.y., s. 284-285, Halil Güneş, *Günümüz Meselelerine Fetvalar*, İlim Yayınları, İstanbul 1987, c. I, s. 93-94; İrfan Yücel, “Hilal”, *DİA*, c. XVIII, s. 5.

12 Bilmen, *a.g.e.*, s. 284-285.

13 Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed İbn Kudâme, *el-Muğni*, Daru’l-Fikr, Beyrut 1992, c. III, s. 7; Abdurrahmân b. Muhammed b. İyâz Cezirî, *el-Fıkh ale’l-mezâhibi’l-erba’a*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1986, c. I, s. 551; Bilmen, *a.g.e.*, s. 278.

14 Ebû Hanife, Şâfi’î, Mâlik ve Ahmed b. Hanbel, bir sonraki geceye ait olma ihtimalinden dolayı, zeval vaktinden önce veya sonra olmasına bakmaksızın, gündüzün görülen hilal ile Ramazan orucuna başlanamayacağı gibi Ramazan orucunun bittiğine de hükmedilemeyeceği görüşündedir. Ebû Yûsuf’a göre, zevalden sonra gündüz görülen hilal gelecek geceye aittir. Zevalden önce gündüz görülen hilal ise geçmiş geceye aittir. Abdullah b. Şeyh Muhammed Damad efendi, *Mecma’u’l-enhür fî şerhi Mülteka’l-ebhur*, Matbaa Amire, İstanbul 1316, c. I, s. 237; Şirbinî, *a.g.e.*, c. I, s. 420; Bilmen, *a.g.e.*, s. 279.

15 “Bir bedevi Resulullah’a (s.a.v.) geldi. ‘Ben hilali gördüm’ dedi. Rasulullah, ‘Lâilâhe illallah Muhammedur-Rasûlullah’a şahidlik eder misin?’ dedi. Bedevi ‘Evet’ dedi. Bunun üzerine Resulullah: ‘Ey Bilal, insanlara bildir de yarın oruç tutsunlar’ buyurdu. Tirmizî, “Savm”, 7 (H. no: 691).

16 Kurgulanan dava şöyledir: Davacı şöyle iddiada bulunur, “Benim şu şahısta Ramazan-ı şerifin ilk gününde vermek üzere şu kadar kuruş alacağım vardır. Şimdi ise Ramazan-ı

değildir. Hava açık olduğunda, kalabalık bir topluluğun şahitliği istenmiştir. Ancak Hasan b. Ziyâd'ın Ebû Hanîfe'den yaptığı rivayete göre, böyle durumlarda da iki adil erkek veya bir erkek iki kadın şahidin tanıklığı yeterlidir.¹⁷ Hava ister kapalı isterse açık olsun her iki durumdada Şâfi'îlere göre, hür erkek Müslüman tek kişinin şahadeti yeterlidir. Ancak, hakimın kararı olmadıkça diğer kişiler üzerine oruç farz olmaz.¹⁸ Mâlikîlere göre, özellikle hava bulutlu olduğunda en az iki adil erkeğin şahadeti gerekmektedir. Hava açık ise bazıları kalabalık bir topluluğun şahitliğini ararken, diğerleri iki adil erkeğin şahadetini yeterli görmüşlerdir.¹⁹ Hanbelîlere göre, adil ergen bir kişinin haber vermesi yeterlidir. Bu kişinin hür veya köle; erkek veya kadın olması fark etmez.²⁰

Ramazanın bitiş hilalinin tespitinde, Hanefîlerce, hava kapalı olduğu durumlarda iki hür adil erkek²¹ veya aynı niteliklere sahip bir erkek iki kadının tanıklığı aranmıştır. Hilal görünmezse Ramazan 30 güne tamamlanır. Hava açık olduğunda kalabalık bir topluluğun görmesi esas alınmıştır. Yukarıda ifade edildiği gibi Ebû Hanîfe'den gelen bir rivayete göre, böyle durumlarda da iki adil erkek veya bir erkek iki kadın şahidin tanıklığı yeterli sayılmıştır.²² Ramazan bitışı için Şâfi'îlere göre, tek adil bir kişinin tanıklığı yeterlidir.²³ Mâlikîlere göre, özellikle hava bulutlu olduğunda en az iki adil erkeğin şahadeti gerekmektedir. Hava açık ise bazıları kalabalık bir topluluğun şahitliğini ararken, diğerleri iki adil erkeğin şahadetini yeterli görmüşlerdir.²⁴ Hanbelîlere göre, adil iki erkeğin şahadeti gereklidir.²⁵ Hanefîlere

şerifin hilali görülmüştür. Bu nedenle, bu alacağımı bana vermesini isterim". Davalı da, "Evet, benim borcum vardır, ancak Ramazan ayı girmemiştir" diyerek inkar eder. Davacı, "Ramazan-ı şerifin hilalini gördüklerine dair iki şahit getirmesi üzerine, hakim borcun ödenmesine hükmeder. Böylece dolaylı olarak da Ramazan'ın başladığına hükmetmiş olur. Bilmen, *a.g.e.*, s. 280.

17 Damad, *a.g.e.*, c. I, s. 235; Cezirî, *a.g.e.*, c. I, s. 549; Bilmen, *a.g.e.*, s. 279-280; Yücel, *a.g.e.*, s. 4.

18 Şirbinî, *a.g.e.*, c. I, s. 420-422; Cezirî, *a.g.e.*, c. I, s. 552; Bilmen, *a.g.e.*, s. 280.

19 İbn Rüşd, *a.g.e.*, c. I, s. 209; Yücel, *a.g.e.*, s. 4.

20 İbn Kudâme, *a.g.e.*, c. III, s. 96-98; Cezirî, *a.g.e.*, c. I, s. 550.

21 "İnsanlar Ramazan'ın son günü hakkında ihtilafa düşmüşlerdi. Bu sırada iki bedevi geldi ve 'Dün akşam hilali gördük' diyerek Resulullah'ın yanında Allah'a yemin edip şahitlik ettiler. Bunun üzerine Resulullah insanların orucu bozmalarını emretti. Ebû Dâvud, "Savm", 13.

22 İnsanların hilali gözetlemede isteksizliği nedeniyle, Ramazan başlangıcı ve bitışı için de Damad efendi bu görüşü tercih etmiştir. Damad, *a.g.e.*, c. I, s. 237.

23 Cezirî, *a.g.e.*, c. I, s. 552; Bilmen, *a.g.e.*, s. 282.

24 İbn Rüşd, *a.g.e.*, c. I, s. 209; Yücel, *a.g.e.*, s. 5.

25 İbn Kudâme, *a.g.e.*, c. III, s. 98-100; Cezirî, *a.g.e.*, c. I, s. 552.

göre, diğer ayların hilalinin tespiti için iki adil erkek veya bir erkek iki kadın şahidin tanıklığı yeterlidir.²⁶ Hanbelîlere göre, adil iki erkeğin şehadeti gereklidir.²⁷

II. İhtilâf-ı Metâlî‘

Ayın bir yerde görünmesinin tüm Müslümanları bağlayıp bağlamaması konusu da tartışmalıdır. Hanefî, Mâlikî, Hanbelîlere ve Şâfi‘îlerin bir kısmına göre, bir yerde ayın görüldüğü kesinlik kazandığında, bütün Müslümanların oruca başlaması gerekmektedir. Şâfi‘îlerin çoğunluğuna göre, bu durum uzak mesafelerde bulunanlar yani aralarında yaklaşık 140 km olanlar için bağlayıcı değildir. Yani 24 fersah uzaklıkta olanlar için ayın görülmesinin bir etkisi yoktur.²⁸ Şâfi‘îler bu görüşe ulaşırken şu olayı esas almışlardır: Ümmü’l-Fadl, Kureyb’i, Şam’da bulunan Muaviye’ye göndermiştir. Kureyb demiştir ki, “Şam’a geldim ve Ümmü’l-Fadl’ın ihtiyaçlarını giderdim. Ben Şam’da iken Ramazan hilali girmişti. Cuma gecesi hilali gördüm. Sonra ayın sonunda Medine’ye geldim. Abdullah b. Abbâs hilalden bahsederek sorular sordu ve ‘hilali ne zaman gördünüz?’ dedi. ‘Cuma gecesi gördük’ dedim, İbn Abbas, ‘Sen hilali gördün mü?’ diye sordu. ‘Evet, gördüm’ dedim. ‘İnsanlar da hilali görerek oruç tuttular, Muaviye de oruç tuttu’ dedim. İbn Abbâs ise, ‘Fakat biz hilali Cumartesi gecesi gördük, Ramazan’ı 30’a tamamlayıncaya veya hilali görünceye kadar oruç tutmaya devam edeceğiz’ dedi. Kendisine, ‘Muaviye’nin orucu ile ve hilali görmesi ile yetinmeyecek miyiz?’ dedim. İbn Abbas, ‘Hayır, Resulullah bize böyle emretti’ dedi.”²⁹

İslam dünyasında birliğin sağlanabilmesi için ayın bir yerde görüldüğünün kesinlik kazanmasının tüm Müslümanları bağlaması gerektiği düşüncesi daha doğrudur.

26 Muhammed b. Ali Alâüddîn el-Haskefi, *Bedrü’l-müntekâ fî şerhi’l-Mültekâ, Mecma’u’l-enhür fî şerhi Mülteka’l-ebhur* ile birlikte, Matbaa Amire, İstanbul 1316, c. I, s. 236.

27 İbn Kudâme, *a.g.e.*, c. III, s. 98–100.

28 Kemâlüddîn İbn Hümâm, *Şerhu Fethi’l-kadir*, Matbaa Mustafa Halebi, Mısır 1970, c. II, s. 313–314; Şirbinî, *a.g.e.*, c. I, s. 422–423; İbn Rüşd, *a.g.e.*, c. I, s. 210; İbn Kudâme, *a.g.e.*, c. III, s. 10–13; Cezirî, *a.g.e.*, c. I, s. 550.

29 Müslim, “Sıyam”, 28 (H. no: 1087); Ebû Dâvud, “Savm”, 9 (H. no: 2332); Hanbel, *a.g.e.*, c. I, s. 306; İbn Hümâm, *a.g.e.*, c. II, s. 314; Şirbinî, *a.g.e.*, c. I, s. 422; İbn Rüşd, *a.g.e.*, c. I, s. 210; İbn Kudâme, *a.g.e.*, c. III, s. 10–11.

III. Osmanlı'da Ru'yet-i Hilâl

Osmanlı imparatorluğu döneminde Ramazan'ın ne zaman başlayıp biteceği genelde ayı gözetleyen kimselerin şahadetleri ile belirlenirdi. Mahkeme kayıtları, astronomik hesapların dikkate alınmadığını göstermektedir.

Bazı tarihçilerin verdiği bilgiye göre, Ramazan ayının başlangıç ve bitişini, Kadir gecesinin ne zaman olduğunu tespit etmek İstanbul kadısına bırakılmıştı. Hilali görenler “şu saatte gördüm. Bu gece Ramazan'ın başlangıcıdır. Şehadet ederim” diyerek şehadette bulunurlardı. Tespit kesinleştikten sonra durum Babıali'ye, oradan da padişaha bildirilirdi. Padişahın onayından sonra Ramazan'ın başladığı halka duyurulurdu. Bayezid yangın kulesi, Süleymaniye, Fatih, Cerrahpaşa, Sultan Selim ve Edirnekapı Camii minareleri hilalin gözetlendiği yerler arasındaydı. Bazı tarihçiler de ayın tespitinin dava sonucunda kesinleştiğini şöyle naklediyorlar: Bir dava tasviri ile davacı ve davalı taraflar da teşekkül eder. Biri diğerinden Şaban'ın son gününde yeni ay görününce ödeme taahhüdünde bulunduğu vaktiyle aldığı tesbihin bedelinden kalan yüz kuruş borcunu ister. Kadı da “Bunun ispatı için şahit gösterin” der. Şahitler çağrılır, onlar şöyle derler, “Bu akşam ezandan üç dakika sonra minareden mübarek hilali ra'ye'l-‘ayn gördük. Bu gece Ramazan gecesini gördük. Şehadet ederiz” derler. Şahitlerin şehadeti üzerine kadı karar verir ve deftere şöyle kaydedilirdi: “Oldur ki işbu sene-i erbaa ve ısrin ve elf Şaban'ının yirmi dokuzuncu günü Çarşamba günü akşamı mah-ı Ramazan-ı Hüseyin bin Torbalı ve İbrahim Çelebi b. Halil efendi ve Mustafa b. İbrahim, bulut içinde gördük dedikleri kayd-ı sicil olundu.”³⁰

Yukarıda yer alan anlatımların bir kısmını bizim yaptığımız incelemeler de doğrulamaktadır. Şimdi mahkeme kayıtlarına göz atalım.

İşbu 1220 senesi Receb-i şerifin selh-i yevm-i Salı günü Çarşamba gecesini hilâl-i Şaban-ı muazzam arabîyyetü'l-asl Rızvanullah b. Abdullah ve Ruscuklu Ali beşe b. Yusuf meclis-i şer'a gelüb de yevm-i mezkurda Şems'den beş on dakika murûrunda hilâl-i Şaban-ı vecihleri kibleye müteveccih olduğu halde ru'yet eyledük deyü şahadetleri işbu mahalle kayd şod. 7 Şaban (س) 1220.³¹

30 <http://gunceltarih.blogcu.com/osmanlida-ramazan-ayi-nasil-gecerdi/4531458>;

<http://www.dunyabulteni.net/?aType=haber&ArticleID=169423>;

<http://www.sosyalokulu.com/y-212-Osmanlida-Ramazan.html>;

<http://www.haber7.com/haber/20110804/Osmanlida-Ramazan-hilali-gozculeri.php>;

Erişim tarihi: 09.03.2012.

31 R53 (Ruscuk), Verak 2A/2. R53, Sofya St. St. Kiril ve Metodiy milli kütüphanesi katalog

Ruscuk mahkemesinin yukarıda yer alan kaydına göre, 1220/1805 senesinde, Recep ayının sonunda iki erkek şahıs gelerek Şaban hilalini gördüklerini ifade etmişlerdir. Şahıslardan birisi Arap asıllı Rızvanullah b. Abdullah olup, diğeri yerel halktan Ruscuklu Ali beşe b. Yusuf'dur. Mahkeme muhtemelen ne zaman gördüklerini sormuş olmalı ki kayıta, güneş batımından 5-10 dakika geçerken yüzleri kıbleye dönük olarak gördükleri kayıt altına alınmıştır. Hilalin görülme vakti önemlidir. Zira gündüz görüldüğünde, hilalin geçmiş geceye ait olma ihtimali olduğundan, güneş battıktan sonra gördükleri kayıt altına alınmıştır. Yukarıda ifade edildiği gibi, Hanefilere göre, Ramazan başlangıcı dışındaki hilalin sabit olması için iki erkek veya bir erkek iki kadının tanıklığına ihtiyaç vardır. İki erkeğin şahitliği ile bu şart sağlanmıştır. Şaban ayının hilalinin tespiti Ramazan'ın başlangıcı için önemlidir. Zira, Ramazan hilali görülmediğinde Şaban ayı otuz gün olarak kabul edilecektir. Şahitlerden birisinin Arap asıllı olduğu kaydedilmiştir. Bu şahsın sürekli mi yoksa geçici mi Ruscuk'ta ikamet ettiği ise kayıttan anlaşılamamaktadır.

(...) Çarşamba'dan ru'yetü'l-ayn gurre-i Şaban-ı muazzamın yevm-i Salı gününden ispat muşâhidinden? zümre-i tullabdan Mustafa b. Hüseyin aksakallı ve refiki Mehmet b. Halil tüylü. İşbu mahalle kayd şod.³²

Ruscuk mahkemesinin yukarıda yer alan kaydına göre, öğrencilerden Mustafa b. Hüseyin ile arkadaşı Mehmet b. Halil'in şahadetleriyle Şaban ayı hilalinin gözle görüldüğü kayıt altına alınmıştır. Tarih, mahkeme tarafından kayıt altına alınmamıştır. Ancak iki kayıt sonra hakim gaflet olunmasın diye tarih düşerek şaban ayının ilk gününü kaydetmiştir. Aşağıda verileceği üzere bu kayıta tarih gurre-i Şaban 1236/1821 olarak düşülmüştür. Muhtemelen bu kayıt da 1821 yılına aittir. Burada da hilalin sübutu için iki erkek şahit yer almıştır. Şahitlerden her ikisi de öğrencidir. Ancak şahitlerden Mustafa adlı şahıs aksakallı olarak tarif edilmiştir. Muhtemelen yaşlı bir şahıstır. Yaşlı olmasına rağmen eğitime devam ettiği anlaşılmaktadır. Diğer şahit ise tüylü diye nitelendirilmiştir. Muhtemeldir ki, şahsın tüylerinin yoğun olması dolayısıyla kadı bu şekilde şahsı tanımlamıştır. Şahısların ikamet yerleri kayıt altına alınmamıştır. Muhtemeldir ki, öğrenci olmalarından dolayı yerli değillerdir.

numarasını göstermektedir. Kütüphanenin web adresi: <http://www.nationallibrary.bg/>

32 R15 Ruscuk, Verak 1A/13.

Çarşamba günü ki Perşembe gecesidir. Hilal-i Şaban-ı şerif ru'yet olundu. İşbu mahalle kayd şod. Gaflet olunmaya. Gurre-i Şaban (س) 1236.³³

Bu kayıt bir önceki kaydın devamı niteliğinde olup kadı tarafından bilgi olarak kaydedilmiştir. Kendisinin hilal-i görmüş olması da muhtemeldir, ancak bununla ilgili bir bilgi yer almamaktadır.

Tarihi hicreti nebeviyye alâ sahibuhâ efzalû's salatü ve kemâlû tahiyye, işbu 1320 sene-i mubarek Şabanu'l-muazzamı gurre-i Cumartesi gününden muteber olduğu Behisni kazası nâibi Mehmed Hamdi efendi huzurunda udûlu ahrârı ricâl-i Müslimînden kazayı mezkûr kurasından Telek karyesi ahâlisinden Hacı Ömer oğlu Battal ağa ve şerbetçi Hüseyin oğlu Ebuzer nâm kimesnelerin şehâdetleriyle davâ-yı sahiha zımnında mahzar-ı (...) şeride vech-i şer'i üzere sabit ve sübûtuna hükmi şer'i (...) olduğu kaza-yı mezkûrdan mevrûd ilâm-ı şer'idan müstebân olmasına ve usulüne muvafık şübhe-i tezvir ve tezyiften sâlim olarak bir mahkeme hakimi tarafından verilen bi'l-cümle ilâmât ve hüccet-i şer'iyyelerin mazmûnuyla amel ve hüküm caiz olacağı Mecelle-i celîlenin 1821. maddesi ahkâmından olmağla mûcibince gurre-i şehri mezkûr, ma'rûzu zıkr yevm-i Cumartesi'nden muteber olmak üzere kûbel-i şer'idan hüküm olunup tekâmîl-i selâsin ile yazdığı Pazartesi günü gurre-i şehri Ramazan-ı marifet âlî şân olup mûcibiyle yevm-i mezkûrdan itibaren kâffe-i ibâd-ı Müslimîne savm ve bu akşamdan bi'l-itibâr terâvih-i şerife devamları ve cevâmî ve mescid-i şeriflerde ifâ ve kanâdil ile levâzimat-ı zarûriyeleri icrâsı hususuna tenbîh olduğu tescil ve Hısn-ı Mansûr mahkeme-i şer'iyyesinden sâdır olan işbu ilâm-ı şer'i huzûr-ı âlilerine ilâm olundu. Tahrîren fî yevmi sâbi' min şehri Şabani'l-mu'azzam, sene işrîn ve selâse mie ve elf min hicreti men lehû kemâlû'l-izzi ve mecdi ve şeref.³⁴

Bu kayda göre, Besni mahkemesinde 1320/1885 senesinin Ramazan başlangıcının kayıt altına alınması üzerine mahkeme ilamı Adıyaman (Hısn-ı Mansûr) mahkemesine gönderilmiştir. Adıyaman mahkemesi de Mecelle'nin 1821. maddesini dikkate alarak mahkeme ilamını işleme almıştır. Mecelle'nin 1821. maddesi şöyledir: "Usûlüne muvâfık ve şüphe-i tezvir ve tasni'den sâlim

³³ R15 Ruscuk, Verak 1A/15.

³⁴ İbrahim Kanadıkırık, *260 numaralı Hısn-ı Mansur (Adıyaman) kadı sicilinin 1-122 sahifelerinin transkripsiyonu ve değerlendirilmesi*, Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kahramanmaraş 2005, (Belge no 19 / sayfa 22), s. 49. Bu esere web sitesinden ulaşılmıştır: <http://tez2.yok.gov.tr/>. Erişim tarihi: 10.03.2012.

olarak bir mahkeme hakimi tarafında verilen ilâm ve senedin mazmûnu ile amel ve hüküm caizdir”.³⁵

Adıyaman’a göre Besni’nin rakımı oldukça yüksektir. Adıyaman 669 metre rakıma sahipken, Besni’nin rakımı ise 930 metredir. Bu nedenle, hilalin Besni’den görülme oranı yüksektir. Muhtemelen bu nedenle, hilal gözetleme işlemi Besni’de icra edilmiş, Adıyaman kadılığınca da işleme alınmıştır.

Kayıtta yer aldığı üzere, Telek köyü sakinlerinden Hacı Ömer oğlu Battal ağa ve şerbetçi Hüseyin oğlu Ebuzer adlı adil, hür Müslüman iki erkek şahidin şahadetleriyle Hanefilerin belirlediği şartlara uygun olarak Şaban hilali Besni kazası kadısı Mehmed Hamdi efendinin huzurunda sabit olmuştur. Metinde yer alan “davâ-yı sahiha zımnında” ifadesi, Şaban hilalinin dava sonucu tespit edildiğini ima etmektedir. Muhtemeldir ki, şahitler hilali görünce gerçek olmayan bir dava tertip edilmiş ve dava sonucunda Şaban’ın girdiğine hükmedilmiştir. Bu durum yukarıda yer alan tarihçilerin ifadelerini doğrular niteliktedir. Gerçek bir dava sonucunda da Şaban hilalinin tespit edilmiş olması da ihtimal dahilindedir. Ancak bu düşük bir ihtimaldir. Şaban hilali tespit edildikten sonra Ramazan’ın sabit olması için ya Ramazan hilalinin görülmesi ya da Şaban ayının 30 güne tamamlanması gerekmektedir. Burada ikinci şıkka yer verilerek Şaban’ın 30 güne tamamlanması ile Ramazan ayı başlatılmıştır. Bu durum, Ramazan hilalinin görülmediğine açıkça işaret etmektedir. Kadı, Ramazan ayının başladığına hükmettikten sonra, tüm Müslümanların oruç tutmalarına ayrıca hükmetmiştir. “Kâffe-i ibâd-ı Müslimîn” ibaresi, ihtilâf-ı metâlî’ye itibar edilmemesi gerektiğine bir işarettir. Adıyaman, Besni arası 44 km olduğundan dört mezhebe göre de ihtilâf-ı metâlî’ye itibar edilemez. Kadı, oruca hükmettikten sonra, halkın teravihe devam etmelerine ve kandillerin yakılmasına ayrıca hükmetmiştir. Teravih namazı sünnet olmasına rağmen bu namaza halkın katılmasına hükmetmesi ilginçtir. Zira, kadı hükmü ile sünnet olan bir namaz üst norma (vacip, farz) yükselmez. Burada şunun da belirtilmesi gerekir ki, teravih bir belde tamamen terk edildiğinde, bazı Hanefilere göre, bu belde halkı toptan günah işlemiş olur.³⁶ Muhtemeldir ki kadı buna dikkat çekmiş olabilir. Kadının hükmü geleneğin devamı mahiyetinde de algılanabilir. Kendinden önceki kadılar, bu olayı nasıl kaydediyorlarsa o da onları takip ederek aynen kaydetmiştir; formalitenin dışına taşmamıştır.

35 Ali Himmet Berki. *Açıklamalı Mecelle: Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*, Hikmet Yayınları, İstanbul 1990, s. 414.

36 Burhânüddin Merğînânî, *el-Hidâye*, Matbaa Mustafa Halebi, Kahire 1971, c. I, s. 70; İbn Âbidîn, *a.g.e.*, c. II, s. 45.

Metnin sonunda yer alan “huzûr-ı âlîlerine ilâm olundu” ifadesi kararın idari yöneticilere bildirildiğini ifade etmektedir. Kadı kararı alır, idari yöneticiler ise bu kararı uygularlar.

Ma'rûz-ı dâîleridir ki; Tarih-i hicret-i nebeviyye alâ sahibuhâ efzalü's sala-vât ve't tahiyye, işbu 1321 senesi şehr-i Ramazanü'l-mübarek gurre-i yevm-i Cuma'dan mazbût ve şer'an sabit olmağla, halen Behisni kazası nâibi Faziletli Hocaîade Mehmed Hamdi efendinin imza ve mührüyle mâhûr ve usûl-i mevzûasına mutabık vârid olan i'lâm-ı şer'î iktizâsınca teb'a-ı âliye şehr-i mezkûr tekmîl-i selâsîn ile gurre-i şehr-i Şevvalü'l-mükerreminin Pazar gününe müsâdif olmağın mücibiyle yarınki Pazar günü iyd-i saîd-i fitr olduğu ilân-ı keyfiyyet olmak üzere Hısn-ı Mansûr Mahkeme-i şer'îyesinden huzûr-ı âlîlerine ilâm olundu. Tahrîren fi'l-yevmi's-sânî min şehri Ramazani'l-mübarek senete ihdâ ve işrîn ve selâse mie ve elf.³⁷

Bu kayıt, Ramazan bayramını ilan etmek için kaleme alınmıştır. Metinde ifade edildiği üzere, 1321/1903 senesinin Ramazan başlangıcının Cuma günü olduğu Besni kadısı Hocaîade Mehmed Hamdi efendinin kararıyla sabit olmuştur. Ancak bunun nasıl sabit olduğu konusunda kayıta bir bilgi yer almamaktadır. Ancak, diğer kayıtlarda yer aldığı üzere Şaban ayı 30 güne tamamlanarak Ramazan'ın başlatılması muhtemeldir. Ramazan hilalinin görülmesi üzerine de başlatılmış olabilir. Adıyaman mahkemesi kadısı, Ramazan başlangıcı için Besni kadısından gelen ilamı dikkate aldığı halde Ramazan bayramına, ayın 30 güne tamamlanmasıyla birlikte kendisi karar vermiştir. Muhtemelen, Ramazan bayramı ile ilgili Besni kadısından her hangi bir ilam gelmemiştir. Kadı bayramı ilan ederken sade bir dil kullanmıştır. Bazı kadılar ise, aşağıdaki kayıta geleceği üzere, mübarek günlerin ilanını süsleme sanatına yer vererek kayıt altına almışlardır.

Iydu'l-adhâ ilanı:

Ma'rûz-ı dâî devlet-i asfaneleridir ki; Zabb-u hâlik-i surûr ve sakin bil afiyet ve'l-ikbal-i zât-i asfamat-i? şiyranelerine ve bi'l-cümle ibâd-ı Müslimin nice, nice ikbâli kesiyresi idrakiyle kurban ve mesrûr buyrulsun. İmdi işbu bin iki yüz altmış altı senesi gurre-i Zilhicce-i şerifesi yevm-i isneyn itibariyle mubârek iyd-u saîd-i adhâ yarınki Salı? günü olduğu derkenârıyla esasından? bulunduğu üzere, bugünden vakti asır Top andahti? merasimin icrası husûsu emr-u ezlika? şiyranelerine mütevakkif bulunmuş olduğu ve salât-u iyd saat

37 Kanadıkırık, *a.g.e.*, (Belge no 125 / sayfa 111), s. 130.

yedi de bir saati yirmi yedi dakika murûrunda eda kılınacağı huzuru.....asfânel-
erine ilân olunur? Ol-babda emr-u fermân hazret-i men lehü'l-emrindir. 9 Zil-
hicce? (12)66.³⁸

Bu kayıt, Kurban Bayramı'nın ilanı için Rusçuk mahkemesinde kaleme alınmıştır. Kayıt, kadının girişi ile başlamaktadır. Kadı, kendisiyle birlikte halkın birçok bayrama daha kavuşmasını arzu ederek kayda giriş yapmıştır. Bu girişten sonra 1266/1850 senesine ait Kurban Bayramı'nın ilanına geçmiştir. Kaydın ifadesine göre, Salı günü Kurban Bayramı olduğundan Pazartesi günü ikinci vaktinden sonra top atılarak bunun duyurulması istenmiştir. Ancak top atılması işleminin yöneticinin emrine bağlı olduğu da kayıt altına alınmıştır. Bayram namazı vakti de tayin edilmiştir. Kayda göre, Kurban Bayramı namazı sabah saat yediden bir saat yirmi dakika sonra kılınacaktır. Yani namaz, sabah saat sekizi yirmi geçe (08.20) eda edilecektir. Muhtemelen, saat 07.00 güneşin doğduğu vakit olduğundan bu vakit dikkate alınmıştır. Saat 07.00'den yani güneşin doğmasından 1 saat 20 dakika sonra bayram namazı kılınması ilân edilmiştir. Bu uygulama halen devam etmektedir. Örneğin, 2012 yılı kurban namazı vakti şöyle gösterilmiştir: 25 Ekim 2012 Perşembe Kurban Bayram namazı vakti: 08:28. Aynı gün, güneşin doğumu ise saat 07.07'dir.³⁹

Şimdi devlet daireleri arasındaki yazışmalara örnek verelim. Bu örnekler, Şeyhülislamlık ile Sadrazamlık ve Padişahlık makamı arasında yürütülen yazışmalardır.

1- Taraf-ı Cenâb-ı Sadâret penâhiye: Ma'rûz-ı dâr-ı keminelere ki, işbu şehri Ramazan-ı gufrân-ı nişânın gurresi Pazar gününden mazbut olmasına binâen 27 Cuma gecesi leyle-i kadr ve selh-i addolunan Pazartesi gecesi ru'yet-i hilâl mümkün olamadığı takdirde tekmi-i selasîn itibariyle Salı günü gurre-i Şevval ve ıyd-i saîd-i fitr olmak lazım geleceğine dair Dâru'l-hilâfe kadılığından tanzim kılınan ilâm atebe-i felek mertebe-i hazret-i Hilâfet penâhiye arz ve takdim olunmak üzere leffen savb-i sâmi-i Vekâlet penâhilerine irsal kılınmakla ol babda emr-u irâde hazreti men lehü'l-emrindir. 24 Ramazan 1315/3 Şubat 1313 (02.02.1898) Şeyhulislam Cemaleddin.

2- İrade: Ma'ruz-u çâker kemînelere ki, ber vech-i arz ve istizan Pazartesi gecesi hilâl-i Şevval ru'yet olunamadığı takdirde tekmi-i selasîn itibariyle Salı günü...fitr olacağından Cenâb-ı Hak idrâk-i emsal-i kesiresiyle kâffe-i müminîn ve müminat hakkında müteyemmin ve mesûd eylesün duası lütfen

38 R4 Ruscuk, Sonda Verak 5, kayıt: 3.

39 <http://www.namazvakti.com/Main.php?cityID=2851>. Erişim tarihi: 11.03.2012.

tezkâr buyrulmuş olmakla ol babda emr-i fermân hazret-i Veliyyi'l-emrindir. 24 Ramazan 1315/3 Şubat 1313 (02.02.1898).

İlk kayıt (1) Şeyhülislam Cemaleddin efendi tarafından Padişah'a gönderilmek üzere Sadrazamlığa sunulmuştur. İkinci kayıt (2) ise Sadrazamlık tarafından Padişaha sunulan iradedir. İlk kayıta, Cemaleddin efendi, Kadir gecesi ile tahmini Ramazan Bayramı'nın ilan tarihini bildirmektedir.

İstanbul kadılığından alınan ilama göre, Ramazan, Pazar günü başladığından, Ramazan'ın 27. Cuma gecesinin Kadir gecesi olduğu öncelikle kaydedilmiştir. Bu itibarla, şayet Pazartesi gecesi hilal görülemezse, Ramazan 30 güne ulaşmış olacağından Salı gününün bayram günü olduğu karar altına alınmıştır. Karar da açıkça belirtildiği üzere öncelikle hilâl gözetlenerek bir tespitte bulunulması gerekmektedir. Şayet gözetlemeye rağmen hilal görülmezse, o zaman Ramazan 30 güne tamamlanarak bayram yapılacaktır. Kayıta yer alan tarih, 24 Ramazan 1315, kararın Kadir gecesinden birkaç gün önce alındığını göstererek, kararın öncelikle Kadir gecesinin ilanına yönelik olduğunu ima etmektedir. Her ne kadar karar, Kadir gecesine yönelik olsa da, Ramazan bayramı da yakın olduğundan ondan da bahsetmiştir. Hilalin Pazartesi gecesi akşamı gözetlenmesi kayıta açıkça kaydedilmiştir. Kameri aylar 29 veya 30 gün olabildiği malumdur. Bu durum dikkate alınarak 29. güne tesadüf eden Pazartesi gecesi yani Pazar akşamı hilalin gözetlenmesi talep edilmiştir. 29. gün akşamı olan Pazar akşamı hilal görülmezse, 30. gün olan Pazartesi günü oruç tutularak, Salı günü bayram edilmesi talep edilmiştir. Bu talep Cemaleddin efendi aracılığıyla Sadrazamlığa gönderilmiştir. İkinci kayıttan anlaşıldığı üzere, talep uygun görülerek, Padişaha arz edilmiştir.

3-Dâire-i Meşihât mektûbi kalemi/aded 119:⁴⁰

Tarafı sâmi Cenâb-ı Sadâret penâhiye: Ma'ruz-u dârı kemineleridir ki, işbu sene-i mubareke Cemâdi'l-âhire'sinin gurrei Çarşamba gününden müsbet olduğu cihetle tekmîl-i selasîn ile önümüzdeki Cuma gecesi şehir-i Receb'il-ferdin gurrei gecesi olup musâdif-i leyle-i regâib olacağından adet-i müstahsene olduğu vechile leyle-i mesûde-yi mezkûrede cevâmî ve mesâcid-i şerife minâretinin ikâdî kanâdil ile tenvirine istid'a-yı musâade-i seniyye-yi hâvi Dâru'l-hilâfe kadılığından tanzim kılınan ilâm atebe-i ulyâ-yı hazret-i Hilâfet penâhiye arz ve takdim buyrulamak üzere leffen savb-i sâmi-i Sadâret penâhilerine tesyir kılınmış olmakla, ol babda emr-u irâde hazreti men lehül-emrindir.

40 Başkanlık Osmanlı Arşivi, İrade İlmiye, 28 C 1315. Bu üç belgeyi tarafıma veren Prof. Dr. Murat Akgündüz'e teşekkürü bir borç bilirim.

26 Cemâdi'l-âhire 1315/9 Teşrîni sâni 1313 (22.11.1897), Şeyhulislam Cemaleddin.

Kameri ayı tespit sonrası, mübarek gece kabul edilen Regaip gecesine yer vermesi nedeniyle bu karara burada yer verilmiştir. Kayıt, üç aylar tabir olunan aylardan ilki olan Recep'in başlangıcını ve Regaip gecesini belirlemeye yönelik olarak kaleme alınmıştır. Bu kayda göre, Cemâdi'l-âhire'nin başlangıcı Çarşamba günü olarak tespit edilmiştir. Bu ay 30 güne tamamlanarak Recep ayının başlangıcı Cuma günü olarak belirlenmiştir. Regaip gecesi, Recep ayının ilk Cuma gecesi olduğuna göre, Recep ayının ilk günü olan Cuma gecesi, Regaip gecesi olmaktadır.⁴¹ Regaip gecesi belirlenerek, cami ve mescitlerde kandiller yakılarak bunun ilan edilmesi talep edilmiştir. Recep'in başlangıcı, Cemâdi'l-âhire'nin 30 güne tamamlanarak tespit edildiği halde, Cemâdi'l-âhire'nin başlangıcının nasıl tespit edildiğine dair kayıta her hangi bir bilgi yer almamaktadır.

Son olarak Mahkeme kararına rağmen başına buyruk hareket eden din görevlisinin görevden alınması ile ilgili bir fetvaya yer vermek istiyorum.

Soru: 'Gurre-i Ramazan Zeyd-i kadının huzurunda sabite oldu deyü bazı kimseler gelüp Amr'ı kadıya şahadet ettiklerinde, Amr'ın marifetiyle Ramazan'ı şerif tutulup, otuz gün tamam olup, yevm-i gaym olmağın, ay görünmeyüp, Amr 'bayramdır' deyü hükm idüp, ertesi bayram namazı kılınmağa çıkıldıkta, Bekr'i hatîp hükmü mezkûre râziye olmayup, tevâbiin alıp gidip, kılmayup, ol gün zevalden evvel gurre-i Şevval sâbite olup, mezkûr Bekr bayram namazını varıp ertesi kılsa, Bekr'i mezbûre şer'an ne lazım olur?

Cevap: Azil lazımdır.

Soru: Bu surette bazı kimseler 'biz Amr'ın hükmüne râzı değiliz' deyü Bekr'e tabi olup, kılmayıp, ertesi Bekr ile kılsalar mezbûrlara nesne lazım olur mu?

Cevap: Lazım olur.⁴²

41 Regaip gecesinin 480/1087 tarihinden sonra ortaya çıkması, bidat oluşu ve diğer detayları ile ilgili bkz. Zeynüddîn b. İbrahim İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-nezâir*, Daru'l-Mektebe el-İlmiyye, Beyrut 1985, c. II, s. 47-48; Ahmed b. Muhammed Hamevî, *Gamzu uyûni'l-besâir: Şerhu kitâbi'l-Eşbah ve'n-nezâir*, Daru'l-Mektebe el-İlmiyye, Beyrut 1985, c. II, s. 47-48; İbrahim Halebî, *Halebî sagîr*, Matbaayı Amire, İstanbul 1275/1859, s. 214, İbn Âbidîn, *a.g.e.*, c. II, s. 48-49; Bilmen, *a.g.e.*, s. 205.

42 M. Ertuğrul Düzdağ, *Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, Enderun Kitabevi, İstanbul 1972, s. 62.

Yukarıda yer alan fetvaya göre, halkın ve resmi görevlilerin kadı'nın kararlarına uyma zorunluluğu bulunduğu ifade edilmiştir. Buna göre, kadı, bir günün bayram olduğuna karar vererek ilan etse, buna uymak zorunludur. Uymayan resmi din görevlisinin görevinden alınması gerekmektedir. “Ol gün zevalden evvel gurre-i Şevval sâbite olup” ifadesi bayramın kesin olduğunu ifade etmek için kullanılmıştır. Zira, zevalden önce görünen hilal bir önceki geceye ait olduğuna göre, Şevval hilali bir gün önce görülmüş olup, o günün bayram olması kesinleşmiştir. Bayram olduğu kesin olmasına rağmen, hatibin mahkeme kararına riayet etmediği yani fitne çıkardığı için görevden alınması gerektiği belirtilmiştir. Ancak halka ne tür bir ceza gerektiği konusunda fetva açık değildir. Fetva, halka karşı yaptırım uygulanmasının doğru olacağına belirtmiş, ancak yaptırım türünü açık bırakmıştır. Buna herhalde, ta'zir olarak kadı karar verecektir. Osmanlı'da bu konu çok hassas olup, fitne ve ihtilafa izin verilmemiştir. Günümüzde de bu konuda bir dağınıklık gözlemlenmektedir. Türkiye'de azınlık da olsa bazıları, resmen ilan edilen günlere itibar etmemektedir.

Sonuç

Ru'yet-i hilâl konusu, İslam tarihi boyunca tartışılmıştır. Çıplak gözle ayın görülmesinde ısrar edenlerin yanında, teknik ve teknolojik aletlerle gözlem yapma ve astronomi bilgisinden faydalanmayı esas alanlar da olmuştur. Gözle görülmesini esas alanlar, Ramazan başlangıç ve bitiş hilalinin tespiti konusunda farklı görüşler beyan etmişlerdir. Osmanlı'nın takip ettiği Hanefîler, havanın kapalı olması durumunda Ramazan başlangıcı için tek kişinin ru'yet-i hilâl'ini yeterli kabul etmişlerdir. Havanın açık olması durumunda ise kalabalık bir topluluğun şahadetinin aranması gerektiği Hanefî kaynaklarında yer alsa da, iki erkek veya bir erkek iki kadının şahadetinin yeterli olacağı yine aynı kaynaklarca ifade edilmiştir. Ramazan'ın bitişi ve diğer aylarda ru'yet-i hilâlin ispatı için de bu son rakam esas alınmıştır. Hilalin görülmediği durumlarda ise başlangıç için bir önceki ay, bitiş için ise içinde bulunulan ay otuz güne tamamlanacaktır.

Osmanlı'daki uygulama yukarıda yer alan Hanefîlerin görüşüne uygun olarak yürütülmüştür. Ru'yet-i hilâl için ya iki erkek şahit aranmış ya da ay otuza tamamlatılmıştır. Toplumun birlik ve beraberliğine önem veren Osmanlı, ihtilaf çıkaranlara müsaade etmemiştir.

Günümüzde, ru'yeti hilâl konusu hala tartışmalıdır. İslam ülkelerinin bu konuda gerekeni yapmasını ümit etmekle birlikte, astronomik verilerle birlikte çıplak gözle yapılan gözlemlerin bu ihtilafı düşüreceğini umut etmekteyiz.

Galata ve İstanbul Mahkemelerinde Kefalet Sözleşmesinin Görünümleri, 1791-1795*

Osman Safa Bursalı**

Galata ve İstanbul mahkemelerinin 1791-1795 yıllarına ait mahkeme kayıtlarına dayanan çalışmada, Osmanlı hukukunun önemli bir boyutu olan kefalet sözleşmesinin mala kefalet türü incelenmiştir. Fıkıh kitaplarındaki kefalet bahislerinde yer alan hukuki izahların ışığında, hukukun teorisi ve uygulaması arasındaki ilişki ele alınmıştır. Fıkıh kitaplarının yanında, on sekizinci yüzyıla ait muteber fetva mecmualarındaki kefalet konulu fetvalardan yararlanılmıştır. Yapılan çalışma sonucunda, hukuksal metinlerle uygulama kaynakları arasındaki ilişkinin zıtlıktan ziyade bir ahengi bünyesinde barındırdığı gözlenmiştir. Kişiler arasındaki hukuksal ilişkilere -uyuşmazlığın tarafları her zaman bu çerçevenin gereklerine uygun davranmasa da- bir teorik çerçeve içinde yaklaşılabilmesi görülmüştür. Böyle durumlarda mahkemeye gelen uyuşmazlığın bir teorik çerçeveye atıfla çözülmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Ancak teori ile uygulama arasında mutlak bir örtüşmenin bulunduğu da söylenemez. Fıkıh kitaplarının kefalet bahislerinde yer verilen, fakat inceleme konusu yapılan yıllara ait mahkeme kayıtlarında rastlanmayan bazı hususların bulunması, mutlak bir örtüşmeyi engelleyen durumlardır.

Anahtar Sözcükler: mala kefalet sözleşmesi, kefalet, Osmanlı hukuku, fıkıh, on sekizinci yüzyıl.

Aspects of Suretyship in Galata and Istanbul Courts, 1791-1795

This study which is based on 1791-1795 *sijills* of Galata and Istanbul courts has examined an important kind of Ottoman law of suretyship: *al-kafāla bi'l-māl*. In the light of the theoretical explanations on suretyship, the study has dealt with the theory and

* Bu makale, 2010 yılında Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde kabul edilen "Osmanlı Hukuku'nda kefalet sözleşmesi: İstanbul ve Galata mahkemeleri şer'iyye sicillerine göre mala kefalet, 1791-1795/1206-1210" başlıklı yüksek lisans tezime dayanmakla birlikte, Bilim ve Sanat Vakfı Medeniyet Araştırmaları Merkezi'ndeki sunumumdan ve sicil hükümlerini tartışma imkanı bulduğum Türkiye Araştırmaları Merkezi bünyesindeki seminerimden sonra gözden geçirilmiştir. Kaynaklara aşinalık kazanmamda, yaklaşımı geliştirmemde ve tez metnini oluşturmamda yardımlarını esirgemeyen Prof. Dr. Mehmet Akman, Dr. Özgür Kavak, Dr. Eyyüp Said Kaya ve Yrd. Doç. Dr. Süleyman Kaya'ya şükranlarımı yinelenmek isterim. Sunum ve seminer katılımcılarına, İSAM Kütüphane ve Dokümantasyon Servisi ile BİSAV Kütüphanesi çalışanlarına teşekkür ederim. Bu makalenin son okumasını yapan çalışma arkadaşım Sinan Güllüce'ye müteşekkirim.

** Arş. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

implementation of law. Besides the Islamic legal texts, the *fatwās* related to suretyship, which were issued throughout the period, have been also taken into account. As a result of the study, rather than a disagreement, a harmony has been observed between the legal texts and practical sources. It has been also realized that a theoretical consideration on legal aspects of the relationships among Ottoman subjects was possible –despite the fact that parties did not always complied with the theoretical necessities. What conclusion has been reached at is that *qādīs* tried to solve the dispute referring to a theoretical frame. But it cannot be said that an absolute consistency existed between the theory and its practice. Even though it is given place in the related Islamic legal texts, the absence of some important issues in the *sijills* of the period studied is the factor that prevents the absolute consistency.

Keywords: *al-kafāla bi'l-māl*, suretyship, Ottoman law, *fiqh*, eighteenth-century.

Hukuk ve uygulama arasındaki ilişkinin, tarih boyunca hukuksal etkinliğin ne derecede olduğuna dair soruları teşvik etmesi beklenir. Hukuk tarihi disiplininin problem sahası içinde yapılacak bir değerlendirme, inceleme konusu dönemin gerek normatif kaynaklarını gerekse uygulamayı gösteren kaynaklarını kullanarak söz konusu ilişkinin mahiyetini ortaya koymayı amaçlar. Bir uçta uygulamanın tamamen normatif düzenlemeleri yansıttığı, diğer uçta ise uygulamanın normlara herhangi bir şey borçlu olmadığı düşünceleri arasında, ilişkinin bir ahenge sahip olma ihtimali araştırma konusu yapılabilir.¹

İslam tarihi bağlamında hukuk metni ile metnin uygulaması arasındaki ilişki konusunda on dokuzuncu yüzyıl sonları ve yirminci yüzyıl başlarında oryantalist araştırmacıların dile getirdiği iddialar, uzun yıllar boyunca Batı'da bir hakikat kabul edilmiştir.² Christiaan Snouck Hurgronje ve Ignác Goldziher'in öncülük ettiği bu yöndeki değerlendirmelere göre, modern öncesi dönemde devlet ve toplum hukukçuların aldığı mirastan ve onların öğrettiklerinden bağımsız olarak gelişmiş,³ toplum içinde hukuka derin bir saygı beslenmekle birlikte uygulamada hukuksal normlara riayet edilmemiş ve hukuk eğitimi verenler hayatın ihtiyaçlarını çok az dikkate almıştır.⁴ Yine bu görüşe göre, İslam ve Osmanlı tarihinde hukuk uygulaması hukuk metninin

1 Hukukun etkinliği meselesi için bkz. Orhan Münir Çağır, *Hukuka ve hukuk ilmine giriş: Hukukun varlığı, manası, değeri ve ruhu üzerine kritik bir reflexion*, 4. bsk., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1971, s. 84–94.

2 Abraham L. Udovitch, *Partnership and profit in medieval Islam*, Princeton University Press, Princeton 1970, s. 6.

3 Christiaan Snouck Hurgronje, "On the nature of Islamic law", *Selected works of C. Snouck Hurgronje*, Georges-Henri Bousquet, Joseph Schacht (haz.), E.J. Brill, Leiden 1957, s. 267.

4 Hurgronje, "Islamic law and custom", *Selected works of C. Snouck Hurgronje*, Georges-Henri Bousquet, Joseph Schacht (haz.), E.J. Brill, Leiden 1957, s. 290.

öngördüğünden farklı bir şekil almış, hatta bazı alanlarda hukuksal normlar ilga edilmiştir.⁵

Hukuk uygulamasının nasıl gerçekleştiğine ışık tutan malzemenin yirminci yüzyılın son çeyreğinde Osmanlı hukuku araştırmalarında kaynak olarak kullanılmasından önce, söz konusu iddialar bazı açılardan tadil edilmiş olsalar da sistemli bir değerlendirmeye konu edilmemiştir.⁶ Fakat mahkeme kayıtları (kadı sicilleri) başta olmak üzere kaynakların etkin ve karşılaştırmalı kullanımıyla, oryantalist kökenli iddiaların gerçekliği hususunda şüpheler oluşmuştur.⁷ Her ne kadar, uygulamadaki hukuk ihlallerine atıfla normun her zaman zorunlulukla takip edilmediği tespit edilebilse de,⁸ yapılan çalışmalar, aile hukuku ve sözleşmeler hukuku başta olmak üzere hukukun birçok alanında hukuksal normların geniş bir uygulama sahası bulduğunu göstermektedir.⁹ Fıkıh kitaplarında yer alan ortaklık türlerinin ve bu ortaklıklara ilişkin sözleşmesel hükümlerin tüccarlar arasında yaygın biçimde uygulandığını tespit etmiş olan¹⁰ Abraham L. Udovitch'in 1970 tarihli eseri ile Haim Gerber'in 1981 tarihli çalışmaları, norm ve uygulamanın bir ahenk içinde bulunduğunu ileri süren çalışmalardan sayılabilirler.

Osmanlı hukuku araştırmaları literatüründe, uygulamanın hukuk metniyle aynı yönde seyretmemesinin bir nedeni olarak hukuk kaynaklarının dağınık ve kullanışsız olması gösterilmiştir. Modern hukuk normlarına benzeyen resmi tedvinlerin bulunmadığı bir hukuk düzeninde hukuk uygulayıcılarının ihtiyaç duydukları düzenlemeyi kolayca bulamadıkları iddia edilmiş, uygulayıcıların hukuksal geçerliliği olan hükümleri bu nedenle kullanamadıkları ileri sürülmüştür.¹¹ Mahkeme kayıtlarında hukuksal bilgi kaynakları her

5 Ignác Goldziher, "Fıkıh", *E.J. Brill's first encyclopaedia of Islam, 1913-1936*, c. III, E.J. Brill, Leiden 1987, s. 105.

6 Udovitch, s. 6.

7 Haim Gerber, "The Muslim law of partnerships in Ottoman court records", *Studia Islamica*, sy. 53 (1981), s. 110.

8 Udovitch, s. 6.

9 Udovitch, s. 9.

10 Fethi Gedikli, "Osmanlı hukuk tarihi kaynağı olarak şer'iyce sicilleri", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, sy. 5 (2005), s. 204.

11 Bu fikrin hukuk antropolojisindeki bir yansıması olarak Max Weber'in kadı-adaleti (*kādī-justiz*) kavramı öne çıkmaktadır, bkz. Max Weber, *Economy and society: An outline of interpretive sociology*, Guenther Roth, Claus Wittich (haz.), University of California Press, Berkeley 1978, c. II, s. 976 vd. Bu kavramın Weber'in düşünceleri bağlamında bir değerlendirmesi için bkz. Bryan S. Turner, *Max Weber ve İslam: Eleştirel bir yaklaşım*, Yasin Aktay (çev.), Vadi Yayınları, Ankara 1991, s. 147-164. Osmanlı hukuku üzerine yapılan bir

zaman doğrudan zikredilmese de, kadıların aradıkları hükmü kolayca bulamadıkları iddiası gerçeği yansıtmamaktadır. Hukuk kaynaklarının –modern hukuk normlarının aksine– maddeleştirilmiş olmamasına karşılık kendilerine has birer sistematığa sahip olmaları, dağınık olmadıklarının bir delilidir.¹²

Hukukun etkinliğini problemi çerçevesinde mala kefalet sözleşmesinin mahkeme kayıtlarındaki yansımalarını inceleyen bu çalışma, Osmanlıların on sekizinci yüzyılının son yıllarına yoğunlaşmaktadır. On dokuzuncu yüzyılda gerçekleşen hukukta batılılaşma hareketlerinin yarım asır öncesinin ele alınmasının sebebi, on sekizinci yüzyılın sonlarında hukukun belli bir alanındaki durumun gösterilmesi suretiyle, hukuksal değişimin seyrini ortaya koymayı hedefleyen çalışmaların bu hareketleri daha iyi anlamasına katkı sağlamaktır.

Hukukun çeşitli alanları ve kavramları arasından inceleme konusu olarak bir sözleşmenin seçilmesinde, sözleşmelerin hukuksal ilişkilerin temel öğeleri olmaları yanında, başka konulara veya kavramlara kıyasla, sözleşmeler vasıtasıyla hukuksal etkinliğin daha verimli bir biçimde takip edilebileceği beklentisi ağır basmıştır. Hukuk ve uygulama arasında ne gibi bir bağlantı olduğunu, aralarında zıtlık mı yoksa bir ahengin mi bulunduğunu, varsa bu ahengin ne şekilde tezahür ettiğini daha kolay açığa vurabilmeleri nedeniyle, bir sözleşme incelenmiştir. Sözleşme tipleri arasında bu anlamda bir farklılık bulunmamaktadır. Çalışmada, sosyal ve ekonomik hayatın önemli bir unsuru olan kefalet sözleşmesi seçilmiş, fakat kefaletin farklı türleri arasında bir tercih yapılmıştır: Bazı açılardan farklı hukuki ve sosyolojik sonuçlara sahip olan kişiye kefalet değil, klasik sözleşmesel ilişkinin daha sıkı şekilde ortaya çıktığı mala kefalet sözleşmesi ele alınmıştır.

Çalışmada, genel olarak fıkıhta kefalet sözleşmesinin mahiyetine yer verildikten sonra mala kefaletin kurulması (kurucu unsurlar ve geçerlilik şartları) bakımından bir inceleme sunulmaktadır. Mala kefalet sözleşmesinin kefil, alacaklı ve asıl borçlu açısından getirdiği hükümler ele alınmakta, son olarak sözleşmenin sona erme halleri gösterilmektedir. Mahkeme defterlerinde rastlanan kefalet sözleşmesine ait kayıtlar fıkıh kitaplarında yer alan kefalet bahislerindeki hükümlerle eşzamanlı olarak hukuki açıdan tahlil edilmektedir.

çalışmada bu kavramın bir eleştirisi için bkz. Haim Gerber, *State, society, and law in Islam: Ottoman law in comparative perspective*, State University of New York Press, Albany 1994, s. 25–28.

12 Mehmet Akif Aydın, *Türk hukuk tarihi*, 7. bsk., Beta Basım Yayım, İstanbul 2009, s. 97–98.

Mahkeme kayıtları incelenirken temelde fıkıh kitapları ile kayıtlar arasındaki ilişki bir problematik olarak kabul edilmiştir. Kitaplarda aranan ayrıntılı şartlara uygulamadaki riayet derecesi, fukahanın titizlikle üzerinde durduğu ifade kalıplarının kayıtlarda aldığı şekiller, kayıtlardaki hukuki ibarelerin sahip olduğu standartlar, hangi kesimden insanların hangi tür mallar hakkında ve hangi tür sözleşmeler sebebiyle kefalet ilişkisinin tarafı olduğu gibi meseleler bu problematiğin birer yansıması olarak telakki edilebilir. Diğer yandan, kayıtlarda belirtilenlerle gerçek hayatta yaşananlar arasındaki ilişki de esasen bu problemle ilgilidir, fakat çalışmamızda ağırlık bu noktaya verilmemiştir.

1791-1795 (h. 1206-1210) yılları arasındaki uyuşmazlıkları içeren, Galata Mahkemesi'ne ait yirmi yedi defter ve İstanbul Mahkemesi'ne ait dokuz defterin tamamı çalışma kapsamında taranmıştır. Söz konusu defterler, ikisi hariç hüccet ve ilamlar ile kassam hükümlerini ihtiva etmektedir. Aynı yıllar dahilinde Galata Mahkemesi'ne ait iki adet muhasebe defteri taranmakla birlikte, çalışma çerçevesinde mala kefalet sözleşmesine dair doğrudan bilgi sunmadığından dışarıda bırakılmıştır. Mahkeme seçiminde bazı hususlar göz önüne alınmıştır: Mala kefalet sözleşmesiyle önemli bağları bulunan borç doğurucu işlemlerin Galata'da daha fazla gerçekleştiği düşüncesiyle Galata Mahkemesi'ne ait kayıtlardan yararlanılmıştır. Bunun yanında, mahkeme çeşitliliğinin sağlanarak olası karşılaştırmalara imkan tanınması bakımından İstanbul Mahkemesi'ne ait kayıtlar da kullanılmıştır. İnceleme sonucunda kefalet sözleşmesini içerdiği tespit edilen kayıtlar, ilgili bölümde teorik açıklamalar eşliğinde analiz edilmektedir; böylece uygulamanın hukuki zemininin anlaşılmasına katkı sağlamanın yanında, hukukun normatif boyutu ile uygulamaya dönük boyutunun karşılaştırılabilmesi amaçlanmaktadır.

Mahkeme kayıtlarını yorumlamada bazı klasik fıkıh kitaplarının kefalete ilişkin açıklamaları dikkate alınmıştır. Margînânî'nin (ö. 1197/593) *Hidâye'si*¹³ yanında, Mavsîlî'nin (ö. 1284/683) *Ihtiyâr*'ının kefalet bahisleri¹⁴ kullanılmıştır. Yine Osmanlı hukuk uygulamasındaki ağırlığından dolayı Molla Husrev'in

13 Ebü'l-Hasen Bürhânüddîn Ali b. Ebî Bekr el-Margînânî, *el-Hidâye şarhu bidâyeti'l-mübtedî*, Muhammed Muhammed Tâmir, Hâfız Âşûr Hâfız (nşr.), Dârü's-Selâm, Kahire 2000/1420, c. III, s. 1045-1062.

14 Ebü'l-Fazl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd el-Mavsîlî, *el-Ihtiyâr şarhu'l-muhtâr*, Dârü'l-Beşâ'ir, Şam 1996, c. II, s. 60-66. Bu eser daha ziyade *el-Ihtiyâr li-ta'îli'l-muhtâr* adıyla anılmaktadır.

(ö. 1481/885) *Dürerü'l-hukkâm*'ının kefalet kısmı,¹⁵ Neseffî'nin (ö. 1310/710) *Kenzü'd-dakâ'ik*'ının Zeyla'î (ö. 1342/743) tarafından yapılmış bir şerhi olan *Tebyînü'l-hakâ'ik*'in¹⁶ ve İbn Nüceym (ö. 1563/970) tarafından yapılmış bir şerhi olan *Bahrü'r-râ'ik*'in kefalete ayrılan kısmı¹⁷ incelenmiştir. On dokuzuncu yüzyıl başlarında eserlerini veren İbn Âbidîn'in (ö. 1836/1252) *Reddül-muhtâr*'ındaki kefalet bahsine¹⁸ de müracaat edilmiştir. Son olarak, *Mecelle-i ahkâm-ı adliyye*'deki kefalet düzenlemeleri (md. 612–672) ve Ali Haydar Efendi'nin (ö. 1935) *Dürerü'l-hukkâm* adlı *Mecelle* şerhindeki açıklamalar¹⁹ kullanılmıştır. Bu kaynaklar yanında, Osmanlı Fetvahanesi'nin muteber kabul ettiği ve on sekizinci yüzyıl sona ermeden verilmiş fetvalardan oluşan, Çatalcalı Ali Efendi'nin (ö. 1692/1103) *Fetâvâ-yn Ali Efendi*,²⁰ Yenişehirli Abdullah Efendi'nin (ö. 1743/1156) *Behcetül-fetâvâ*,²¹ Şeyhülislam Feyzullah Efendi'nin (ö. 1703/1115) *Fetâvâ-yn Feyziyye*²² ve Dürriyade Mehmed Arif Efendi'nin (ö. 1800/1215) *Netîcetül-fetâvâ*'sında²³ bulunan kefalet hakkındaki fetvalar kullanılmıştır.

Kefalet sözleşmesi üzerine yapılmış İslam hukuku araştırmaları,²⁴ klasik fıkıh kitaplarını esas alan ve fetvaları da yer yer kullanan araştırmalardır.

15 Molla Husrev, *Dürerü'l-hukkâm fî şarhu gureri'l-ahkâm*, Matbe'a ve Kitâbhâne-i Mehmed Esad, İstanbul 1300, c. II, s. 365–380.

16 Fahrüddin Osmân b. Ali b. Mihcen ez-Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâ'ik fî şarhu kenzi'd-dakâ'ik*, el-Matbe'atü'l-Kübrâ el-Emîriyye, Bulak 1314, c. IV, s. 147–170.

17 Zeynüddin Zeyn b. İbrâhîm b. Muhammed Mısıri Haneffî İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik şarhu kenzi'd-dakâ'ik*, el-Matbe'atü'l-İlmiyye, Kahire 1311, c. VI, s. 221–266.

18 Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülazîz Dimaşki İbn Âbidîn, *Hâşiyetü reddi'l-muhtâr ale'd-dürri'l-muhtâr: Şarhu tenviri'l-absâr*, Dârü Kahremân li'n-Neşr ve't-Tevzi', İstanbul 1984, c. V, s. 281–339.

19 Hoca Eminefendizade Ali Haydar, *Dürerü'l-hukkâm şarhu mecelleti'l-ahkâm*, 3. bsk., Matbe'a-ı Ebuzziyâ, Kostantiniyye 1330, c. II, s. 2–152.

20 Çatalcalı Ali Efendi, *Fetâvâ-yn Ali Efendi*, Matbe'a-ı Âmire, İstanbul 1311–1312, c. I, s. 336–358.

21 Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetül-fetâvâ me'a'n-nukûl*, Dâru't-Tıbbâ'ati'l-Âmire, İstanbul 1266, s. 312–328.

22 Şeyhülislam Feyzullah Efendi, *Fetava-yn Feyziye*, Süleyman Kaya (haz.), Klasik Yayınları, İstanbul 2009, s. 225–230.

23 Dürriyade Mehmed Arif Efendi, *Netîcetül-fetâvâ me'a'n-nukûl*, Matbe'a-ı Âmire, İstanbul 1265, s. 274–288.

24 Mehmet Ergun, *İslam hukukunda kefalet*, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 1991; Halis Demir, *İslam hukukunda kefalet*, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 1995; Ali Bakkal, “Ücretli kefalet sözleşmesi”, *Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 5 (1999), s. 3–42; Abdullah Kahruman, *İslam borçlar hukukunda kefalet sözleşmesi ve günümüzdeki tatbikatı*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı, İstanbul 2008.

Abdullah Kahraman'ın konuyla ilgili ilk müstakil doktora çalışması hüviyetindeki araştırması, kefalet sözleşmesinin fıkıhtaki hükümlerini derli toplu biçimde ortaya koymanın yanında, günümüz İslam hukukçularının yorumlarını da gözeterek, bu hükümlerin modern hukukta teminat gayesi güden sözleşme türleriyle olan ilişkisine de yer vermektedir. Çağdaş borçlar hukuku sistematigini takip eden Kahraman, borçlar hukukunda düzenlenmediği gerekçesiyle²⁵ kişiye kefalet sözleşmesini konu edinmemiştir. Bu kaynaklar dışında, İslam hukuku alanında yapılmış bazı Arapça çalışmaların kefalet sözleşmesine yer verdiği görülmektedir.²⁶

Osmanlı hukuku çalışmalarında fıkıh kitaplarının yanında uygulama kaynaklarını da kullanan araştırmacılardan, mudarebe şirketinin on altıncı ve on yedinci yüzyıldaki görünümünü ele alan Fethi Gedikli, karz akdinin on sekizinci yüzyıldaki örneklerini inceleyen Süleyman Kaya ve toprak kiracılığının özellikle on altı ve on yedinci yüzyıllardaki uygulamalarını konu edinen Sabrina E. Joseph'in çalışmaları öne çıkmaktadır.²⁷ Esas olarak Galata Mahkemesi'ne ait kayıtları kullanan Gedikli, İstanbul, Üsküdar ve Ahi Çelebi mahkemelerinden de yararlanmışır. İstanbul Kadılığı ve Rumeli Kazaskerliği'nde tutulan kayıtlar ile İstanbul Ahkam Defterleri'ni tarayan Kaya, muamele-i şer'iyye, *bey' bi'l-vefâ* ve *bey' bi'l-istiğlâl* usulleri çerçevesinde karz akdinin uygulamasını göstermeye çalışmıştır. Joseph ise mühimme defterleri ışığında icare, müzarea ve müsakat sözleşmelerinin Suriye'deki uygulamalarına yoğunlaşmıştır.

I. Fıkıhta Kefalet Sözleşmesinin Yeri

Kefalet kelimesi Arapça k-f-l (كف) kökünden gelen bir isimdir. Sözlükte “bir şeyi bir şeye eklemek/katmak”, “boynuna almak”, “boyun eğmek”,

²⁵ Kahraman, *Kefalet sözleşmesi*, s. 20.

²⁶ Ali el-Hafif, *ad-Damân fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, el-Matbe'atü'l-Fenniyye, Bulak 1971-1973; Abdülkerim Zeydân, *el-Kefâle ve'l-havâle fi'l-fıkhi'l-mukâren me'a mukaddime fi'l-hulâf ve esbâbih*, Mektebetü'l-Kuds, Beyrut 1975/1395; Ali Ahmed es-Sâlûs, *el-Kefâle ve tatbikâtühe'l-müâsıra. Dirâse fi'l-fıkhi'l-İslâmî mukârenen bi'l-kânûn*, 2. bsk., Mektebetü'l-Felâh, Kahire 1987/1407.

²⁷ Fethi Gedikli, *Osmanlı şirket kültürü: XVI.-XVII. yüzyıllarda mudarebe uygulaması*, İz Yayıncılık, İstanbul 1998; Süleyman Kaya, *XVIII. yüzyıl Osmanlı toplumunda nazari ve tatbiki olarak karz işlemleri*, yayınlanmamış doktora tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007; Sabrina E. Joseph, *Islamic law on tenancy and sharecropping in late sixteenth through early nineteenth century Syria*, yayınlanmamış doktora tezi, Georgetown University, Washington, D.C. 2005.

“gözetmek”, “bakımını üstlenmek”, “birinin borcunu ödemeyi kabul etmek” anlamlarına gelmektedir.²⁸ Sözlük anlamı bakımından kefalet, *hamâle* ve *ze’âmet* gibi kelimelerle yakın anlamlıdır.²⁹ “Bir şeyi üstlenme” ve “taahhüt etme” anlamlarına gelen *zamân* da dar anlamıyla, kefaleti ifade eder.³⁰

Kefalet, Hanefî fukaha tarafından “borcun istenmesi hususunda kefilin zimmetini asıl borçlunun zimmetine katmak” şeklinde tanımlanmaktadır.³¹ *Mecelle*’nin 612. maddesi ise, kefaleti şöyle tanımlamaktadır: “Kefalet, bir şeyin mutalebesi hakkında zimmeti zimmete zammetmektir. Yani bir kimse, zatını diğerin zatına zammedip ve onun hakkında lazım gelen mutalebeyi kendi dahi iltizam etmektir.”

Fukaha, mala kefalet sözleşmesinde kendi zimmetini başkasının zimmetine ekleyen kişiye *kefîl*, asıl borcun borçlusuna *asîl* yahut *mekfûl anh*, lehine kefil olunan alacaklıya *tâlib* yahut *mekfûl leh*, kefilin teslim veya eda etmeyi üstlendiği şeye de *mekfûl bih* demektedir.³² *Mecelle*’ye göre kefil, “(...) kendi zimmetini ahârın zimmetine zammeden yani ahârın müteahhid olduğu şeye kendi dahi müteahhid olan kimsedir (...)” (md. 618). Asıl borcun alacaklısı, “kefalet hususunda talib ve dayin olan kimsedir” (md. 619). “Mekful bih, kefilin teslimine ya edasına müteahhid olduğu şeydir” (md. 620).

Kefalet sözleşmesi konu bakımından iki çeşittir: “kişiyeye kefalet” (*el-kefâle bi’n-nefs*) ve “mala kefalet” (*el-kefâle bi’l-mâl*).³³ Fukahanın mala ke-

28 Mavsîlî, s. 60; Margînânî, s. 1045; Zeyla’î, s. 145; Molla Husrev, s. 365; İbn Nüceym, s. 221; Ali Haydar, s. 3.

29 H. Yunus Apaydın, “Kefalet”, *DİA*, c. XXV, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul 2002, s. 168.

30 Hamza Aktan, “Daman”, *DİA*, c. VIII, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul 1993, s. 450.

31 Mavsîlî, s. 60; Margînânî, s. 1045; Zeyla’î, s. 146; İbn Nüceym, s. 221; Ali Haydar, s. 3.

32 Mavsîlî, s. 60; Margînânî, s. 1049–1050; Zeyla’î, s. 146–147; İbn Nüceym, s. 224–225. Kefalet sözleşmesi Fransızca’ya *cautionnement*, Almanca’ya *bürgschaft*, İngilizce’ye çoğunlukla *surety*, *suretyship*, *surety-bond*; bazen *bail*, *bailment* yahut *guarantee/guaranty* şeklinde tercüme edilmektedir. İngilizce’de kefil için *guarantor/surety*, asıl borçlu için *debtor/principal debtor*, alacaklı için *creditor* tabirleri kullanılmaktadır, bkz. *Türk hukuk lügatı*, Maarif Vekaleti, Ankara 1944, s. 197; Joseph Schacht, *An introduction to Islamic law*, Clarendon Press, Oxford 1964, s. 158; Y. Linant de Bellefonds, “Kafala”, *ET*², c. IV, E.J. Brill, Leiden 1978, s. 404. İngilizce’ye tercüme meselesi için ayrıca bkz. Nicholas H.D. Foster, “The Islamic law of guarantees”, *Arab Law Quarterly*, XVI/2 (2001), s. 138–139.

33 Kişiyeye kefalet sözleşmesinin fıkıhtaki ayrıntıları için bkz. Abdullah Kahraman, “İslam hukukunda şahsa (nefs) kefalet müessesesi ve Türk Ceza Muhakemeleri Hukuku’ndaki teminatla salıverme müessesesi ile mukayesesini”, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, II/1 (1998), s. 301–328. Kişiyeye kefaletin Osmanlı uygulamasında aldığı görünümler için bkz. Uriel Heyd, *Studies in old Ottoman criminal law*, Victor Louis Ménage (haz.), Oxford

faletе dahil saydığı “teslime kefalet” (*el-kefâle bi't-teslîm*) ve “derek kefaleti” (*el-kefâle bi'd-derek*), *Mecelle*'de ayrı birer tür olarak zikredilmektedir (md. 615-616). Kefalet sözleşmesi, sözleşmenin konusundan başka, irade beyanı açısından, sözleşmeye konan kayıtlar ve vasıflar açısından, kefillerin sayısı ve sorumluluğu açısından sınıflandırılabilir; mezhepler arasında en yaygın olanı ise, sözleşmenin konusuna göre bir sınıflama yapmaktır. Fakat Hanefî olmayan fukaha sistematik bir ayırım yapmadan, farklı kefalet türlerine ilgili hükümlerde bir arada değinmektedir.³⁴

Çalışmada, taranan mahkeme kayıtlarında rastlanan kişiye kefalet sözleşmeleri konu edilmeyecektir. Kişiye kefalet dışındaki kefalet türleri, fukahanın yaptığı sınıflamaya sadık kalınarak, mala kefalet sözleşmesiyle birlikte ele alınacaktır.

University Press, Oxford 1973, s. 238-240; Mehmet Akman, “Bir ceza yargılaması aracı olarak kişiye kefalet: Osmanlı örneği”, *75. yaş günü için Prof. Dr. Baki Kuru armağanı*, Hakan Pekcanıtez (haz.), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s. 11-16; Hüseyin Nejdert Ertuğ, *Osmanlı kefalet sistemi ve 1792 tarihli bir kefalet defterine göre Boğaziçi*, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya 2000, s. 8-26; Cengiz Kırılı, “Devlet ve istatistik: Esnaf kefalet defterleri ışığında III. Selim iktidarı”, *Nizam-ı Kadim'den Nizam-ı Cedide III. Selim ve dönemi / Selim III and his era from ancien régime to new order*, Seyfi Kenan (ed.), İSAM, İstanbul 2010, s. 183-212; Zeynel Özlü, *XVIII. ve XIX. yüzyıllarda Osmanlı Devleti'nde adli mekanizmanın analizi: Bolu-Göynük örneği*, Berikan Yayınevi, Ankara 2007, s. 39-45. Kırılı, Rifa'at 'Ali Abou-El-Haj'a ait “Probes into social practice: The kafalah of Ottoman Jerusalem in the sixteenth century” başlıklı henüz yayımlanmamış makaleden de istifade ettiğini belirtmektedir. Osmanlılarda kişiye kefaletin özellikle nüfusun iskan edilmesinde, kamu hizmetlerinin görülmesinde ve suçun önlenmesinde oynadığı rol hakkında bkz. Abdullah Saydam, “Kamu hizmeti yaptırma ve suçu önleme yöntemi olarak Osmanlılarda kefalet usulü”, *Tarih ve Toplum*, sy. 164 (1997), s. 4-12. Osmanlı mahallesinde ihtiyaçların ve asayişin temini için kişilerin birbirlerine kefil olması hakkında bkz. Tahsin Özcan, “Osmanlı mahallesi: Sosyal kontrol ve kefalet sistemi”, *Marife*, I/1 (2001), s. 129-151. Yunan İsyanı (1821) ve Yeniçeri ocağının kaldırılması (1826) sırasında kişiye kefaletin sahip olduğu sosyal kontrol işlevinin bir incelemesi için bkz. Nalan Turna, “Pandemonium and order: Suretyship, surveillance, and taxation in early nineteenth-century İstanbul”, *New Perspectives on Turkey*, sy. 39 (2008), s. 167-189. Tanzimat döneminde Osmanlı idaresinin kişiye kefaleti uygulama biçimleri hakkında bkz. Osman Uysal, “XIX. yüzyılda Osmanlı'da iç güvenlik ve asayişin temini açısından kefalet sistemi”, *Bahkesir Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Karesi Tarih Kulübü Bülteni*, (2007), http://karesitarikh.balikesir.edu.tr/1_XIX_yuzyil_kefalet.pdf, erişim tarihi: 18.08.2009.

34 Kahraman, *Kefalet sözleşmesi*, s. 141.

II. Mala Kefalet Sözleşmesinin Kurulması

A. Mala Kefaletin Kurucu Unsuru: İrade Beyanı

Sözleşmelerin meydana gelmesini sağlayan öğeler, fıkıhta, sözleşmenin kurucu unsuru (*rûkn*) olarak adlandırılmaktadır. En genel anlamda sözleşmeler icap ve kabul ile kurulmakla birlikte, yalnızca icaba yani tek tarafın irade beyanına dayanan hukuki işlemler de mevcuttur.³⁵ Kefalet sözleşmesinin kurulması için kabulün varlığının gerekli olup olmadığı konusunda Hanefi fukaha arasında farklı görüşler mevcuttur. Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre kefalet sözleşmesi kefilin icabı ve alacaklının kabulü ile kurulabilir. Ebû Yûsuf'un son görüşü, yalnızca kefilin icabıyla sözleşmenin kurulduğu yönündedir.³⁶ Ancak Ebû Yûsuf'un alacaklıya sözleşmeyi reddetme hakkı verdiği yahut alacaklının onayına (*icâzet*) kadar sözleşmenin askıda (*mavkûf*) kaldığını söylediği şeklinde iki rivayet fıkıh kitaplarında yer almaktadır.³⁷ Dolayısıyla, alacaklı icabı reddedene kadar sözleşmenin geçerli ve yürürlükte (*nâfiz*) olduğu, diğer rivayete göre ise alacaklı onay verdikten sonra sözleşmenin yürürlükte olduğu söylenebilir. *Mecelle*'nin 621. maddesindeki düzenlemede, Ebû Yûsuf'tan yapılan ilk rivayet benimsenmiştir: "Yalnız kefilin icabıyla kefalet münakid ve nafiz olur. Fakat mekful leh dilerse reddedebilir ve mekful leh reddetmedikçe kefalet baki kalır."

Çalışma çerçevesinde incelediğimiz mahkeme kayıtlarında birçok durumda kefilin "bi'l-emr ve'l-kabûl" kefil olduğu belirtilmektedir.³⁸ Fakat kabulün belirtilmediği durumlara da sıkça rastlanmaktadır.³⁹ "Bi'l-emr ve'l-kabûl"

35 Fıkıhta tek tarafın irade beyanına dayanan hukuki işlemlerin bir incelemesi için bkz. Mehmet Akif Aydın, "İslam hukukunda tek taraflı hukuki işlem", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları*, VIII/1-3 (1994), s. 61-67.

36 Mavsîlî, s. 64; Margînânî, s. 1054; Zeyla'î, s. 146; İbn Nüceym, s. 223; İbn Âbidîn, s. 283.

37 Zeyla'î, s. 159; Molla Husrev, s. 372; İbn Nüceym, s. 223.

38 "(...) gâ'ib-i mezbûrûn zimmetinde kalan kırk altı guraşa markûm Mehmed beşe *bi'l-emr ve'l-kabûl* kefil ü zâmin olmağla (...)", Galata Mahkemesi (GM), nu. 516, v. 15a. Yine mesela bkz. GM, nu. 511, v. 20b; GM, nu. 512, v. 6b; GM, nu. 513, v. 104b; GM, nu. 514, v. 35b; GM, nu. 515, v. 14a; GM, nu. 516, v. 3a; GM, nu. 517, v. 15b; GM, nu. 519, v. 65a; GM, nu. 521, v. 32a; GM, nu. 523, v. 5a; İstanbul Mahkemesi (İM), nu. 59, v. 54b; İM, nu. 61, v. 24a; İM, nu. 62, v. 57a; İM, nu. 63, v. 71a; İM, nu. 64, v. 10b.

39 "(...) müste[']cirûn-ı mezbûrûn dahi ücret-i müsemmâ-yı mezkûreleri şehren be-şehren bi-lâ cevri ü cefâ müdde'iy-ı mezbûra edâya te'ahhüd idüb kethudâları mezbûr Ahmed ağa dahi müste[']cirûn-ı mezbûrûnun emrleriyle ücret-i müsemmâ-yı mezkûrelere kefil ü zâmin oldum diyü eylediği takriri (...)", İM, nu. 59, v. 55b. Yine mesela bkz. GM, nu. 511, v. 52b; GM, nu. 512, v. 14a; GM, nu. 515, v. 19b; GM, nu. 516, v. 5b; GM, nu. 517, v. 15b; GM, nu. 518, v. 8b; GM, nu. 521, v. 93a; GM, nu. 523, v. 2b; İM, nu. 59, v. 80b; İM, nu. 62, v. 44a; İM, nu. 63, v. 60a;

tabirindeki kabulden alacaklının kabul beyanı anlaşılabilir. Zira *Mecelle* şerhinde Ali Haydar Efendi, kefalet sözleşmesinde “kabul” lafzından maksadın alacaklının kabulü olduğunu zikretmektedir.⁴⁰ Bu durumda, kabulün belirtilmediği pek çok kayıt göz önüne alınırsa, kabul beyanı olmadan da mala kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulduğu söylenebilir. Zira alacaklıların mahkeme önündeki takrirlerinde anlaşmazlık konusu olaylarda kefaleti kabul ettiklerine dair bir irade beyanında bulunduklarına rastlanmamıştır. İlgili kayıtlarda alacaklılar kefilin icabı üzerine borcu kefilden talep etmişlerdir.⁴¹ İncelenen hükümlerde kabulün bulunmamasının sözleşmenin kurulmasına engel teşkil ettiğine yönelik bir anlaşmazlığa da rastlanmaması, bu çıkarımı destekleyen bir durum sayılabilir.⁴²

Fukaha irade beyanının ifade şekline önem vermektedir. Bir irade beyanının hangi hukuki sonuca yönelik olduğu hususunun belirsiz olmasını önlemek amacıyla, hangi tabirler kullanıldığında mala kefalet sözleşmesinin meydana geldiği üzerinde durmuşlardır. Kişinin doğrudan “kefil oldum” demesinin yanında, fukahaya göre “zâmin oldum (*zamintü*)”, “benim üzerimedir (*aleyye*)”, “ben *za’îmim*”, “ben *kabîlim*” gibi tabirler kullanması kefil olduğunu göstermektedir.⁴³

Konu edilen sicillerde kefiller çoğunlukla “kefil ve zamin” olduklarını söyleyerek mala kefil olmaktadır.⁴⁴ Bu standart kullanımın dışında, yine

İM, nu. 64, v. 5a.

40 Ali Haydar, s. 21.

41 “(...) bundan akdem vefât iden eş-şeyh es-seyyid el-hâc Mustafa efendi bin Mehmed zimmetinde zahâyir-i mütenevvî’â-ı ma’lûme semenlerinden alacak hakkım olan elli altı guruş yirmi altı pâreye müteveffâ-yı mezbûrun vasıy-ı mansûbesi gâ’ibet ani’l-meclis Şerife Hadice bint-i Osman nâm hatunun emriyle *mezbûr Mahmud efendi kefil ü zâmin olmağla hâlen taleb iderim* diyü da’vâ eyledikde (...)”, GM, nu. 523, v. 2b. Yine bkz. GM, nu. 516, v. 5b, v. 10a.

42 Kabulün mevcut olmaması durumunda sözleşmenin kurulup kurulmadığı, dönemin dört muteber fetva derlemesinden yalnızca birinde konu edilmiştir. Verilen iki fetvadan biri doğrudan kabulün eksikliğiyle, diğeri ise tarafların icabın yapıldığı ortamdan ayrılmalardan sonra bildirilen kabul beyanıyla ilgilidir. İkisinde de kefaletin sahih olmadığı fetvası verilmiştir. Bkz. Yenişehirli Abdullah Efendi, s. 314-315.

43 Mavsîlî, s. 61; Margînânî, s. 1046; Zeyla’î, s. 148; İbn Nüceym, s. 225-226.

44 Mesela bkz. GM, nu. 511, v. 22a; GM, nu. 512, v. 22b; GM, nu. 513, v. 104b; GM, nu. 514, v. 78b; GM, nu. 515, v. 19b; GM, nu. 516, v. 3a; GM, nu. 517, v. 18a; GM, nu. 518, v. 8b; GM, nu. 519, v. 65a; GM, nu. 521, v. 32a; GM, nu. 523, v. 5a; GM, nu. 526, v. 56b; GM, nu. 527, v. 7a; GM, nu. 528, v. 61a; GM, nu. 529, v. 142a; GM, nu. 530, v. 34a; GM, nu. 532, v. 36a; İM, nu. 59, v. 55b; İM, nu. 60, v. 48a; İM, nu. 62, v. 44a; İM, nu. 63, v. 60a; İM, nu. 64, v. 9a; İM, nu. 66, v. 109a.

“kefil” ve “zamin” kelimelerinin çeşitli kullanımları göze çarpmaktadır: “kefil bi'l-mâl ve zâmin”,⁴⁵ “kefâlet-i sahîha ile kefil ve zâmin”,⁴⁶ “kefâlet-i sahîha-ı şer'îyye ile kefil ve zâmin”.⁴⁷ Bazen kefilin yalnızca “kefil olduğunu” beyan ettiği de görülmektedir.⁴⁸ Bir hükümde ise kefilin “kefâlet-i mutlaka ile kefil bi'l-mâl” olduğu zikredilmiştir.⁴⁹

Fukaha, kefalet sözleşmesini kuran irade beyanları konusunda yaptığı açıklamalarda, bir kişiyi bildiğini veya tanıdığını ifade etmenin kefalet anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir.⁵⁰ Söz konusu yüzyılda verilen fetvalarda da bu durumun ele alındığı görülmekte, sırf “iyi adamdır” demekle kefil olunamayacağına dair fetva verilmektedir.⁵¹

Bir başkasıyla sözleşme yapması hususunda muhatabını teşvik eden fakat kefalet lafızlarını kullanmayan kişinin mala kefil olduğuna dair iddialar mahkeme kayıtlarına yansımış, ancak sırf bu beyanla kefil olunamayacağına karar verilmiştir.⁵²

Kefalet lafızlarından başka bir lafızla kefil olunamayacağı problemi, diğer bazı kayıtlara da konu olmuştur. Bir kayıtta borçlunun ödemesi gereken meblağı “ben vereyim” diyen kişinin kefil olduğunu ve bu meblağı kendisine ödemesi gerektiğini iddia eden alacaklının talebi, bu ifadenin kefalete değil,

45 Bkz. GM, nu. 512, v. 6b; GM, nu. 514, v. 35b, v. 48b; GM, nu. 517, v. 59b; GM, nu. 521, v. 45a; GM, nu. 525, v. 2b.

46 Bkz. İM, nu. 59, v. 54b; İM, nu. 61, v. 24a.

47 Bkz. GM, nu. 517, v. 41a; GM, nu. 524, v. 11a.

48 Bkz. GM, nu. 516, v. 2a, v. 33b; GM, nu. 521, v. 93a; İM, nu. 62, v. 43a; İM, nu. 63, v. 32a.

49 Bkz. İM, nu. 62, v. 57a.

50 Margînânî, s. 1046; Zeyla'î, s. 148; İbn Nüceym, s. 226; İbn Âbidîn, s. 288.

51 Çatalcalı Ali Efendi, s. 337. Bu lafızla kişiye kefil olunamayacağına dair bkz. Şeyhülislam Feyzullah Efendi, s. 227. “Mutemed kimsedir, zarar etmezsin, memnun olursun” diyen kişinin mala kefil olmuş olmayacağına dair bkz. Dürriyade Mehmed Arif Efendi, s. 282.

52 “(...) mezbûr Mehmed Emin'in keyfiyyet-i ahvâlini mezbûr Mehmed celebiden tafahhus eylediğimde mezbûr Mehmed Emin *eyü âdemdir re's-i mâliniz dahi dükkân içinde a'mâl olunur* diyü bana haber virmeğle bendahi mezbûr Mehmed celebının kelâm-ı mezkûruna ı'timâd idüb mâl-i şirket olmak üzere mezbûr Mehmed Emin'e mâlimden sekiz yüz guruş virüb oldahi ba'de'l-ahz a'mâl üzere iken düyûnu terikesinden ezyed olduğu hâlde fevt ve benim mâl-i şirket olmak üzere kendüye virdiğim meblağ-ı mezkûr telef ü zâyı' olub mezbûr Mehmed celebî dahi markûm Mehmed Emin eyü âdemdir dimesi meblağ-ı mezkûra kefâleti mütazammın olmağla meblağ-ı mezbûr sekiz yüz guruşu kefâlet-i mahkiyesine binâ'en mezbûr Mehmed celebiden hâlen taleb iderim diyü tasaddî eylediği da'vâsı takrîr-i meşrûhu üzere sahîha olmamağla kelâmına iltifât olunmıyub (...)”, İM, nu. 64, v. 38a.

vaade delalet ettiği gerekçesiyle reddedilmiştir.⁵³ Bir başka kayıtta, alacaklıya “benden al” demekle kefalet sözleşmesinin kurulmayacağı hususu zikredilmektedir.⁵⁴

Söz konusu problem fetvalara da yansımıştır. Sırf “benden al”, “benden bil”, “ben alıvereyim” veya “ben vereyim” gibi sözler sarf eden yahut malı üçüncü bir kişiye satmasını satıcıya söyleyen kişinin kefil olmadığına dair fetva verilmektedir.⁵⁵ Hem “kefil” veya “kefil ve zamin” lafzının kullanılmasına sicillerde özen gösterilmesi hem de sözleşmenin doğrudan kefaleti ifade etmeyen lafızlarla kurulmasına fetvalarda onay verilmemesi, mala kefalet sözleşmesinde kefilin icabının açıkça anlaşılmasına yönelik bir endişe olarak düşünülebilir. Zira kefil olan kişiden asıl borcun istenebilmesi, onun aslen sorumlu olmadığı bir yükümlülüğün altına girdiği anlamına gelmektedir. Osmanlı fukahasına göre, günlük hayatta birisi hakkında “iyi adamdır” diyen veya üçüncü bir kişinin “ona satış yapmasını” tavsiye eden kişinin, bir borcun yahut satım bedelinin kendisinden talep edilmesini gerektirecek bir kefalet lafzı kullandığı söylenemez.

Sicillerde kefilin kefalet lafzını geçmiş zaman kipiyle söylemesi dikkat çeken bir başka husustur. İrade beyanını mahkemede ikrar eden kefiller için neredeyse tüm kefalet kayıtlarında “kefil (ve zamin) *oldum/olduk* dedikte” ifadesi yer almaktadır.⁵⁶ Fukahanın kefalet lafzı olarak belirttiği ifadelerin önemli bir kısmının geçmiş zaman kipinde olmasına paralel olarak, kefillerin birinci ağızdan irade beyanını içeren neredeyse tüm kayıtlarda geçmiş zaman kipinin kullanılması, yine kefalet sözleşmesinin kurulmasında lafızlarda belirsizlik bulunmamasına matuf bir önlem olarak görülebilir. İrade beyanını

53 “(...) gâ’ib anî’l-meclis Dimo zimmi zimmetinde ma’lûmü’l-kıyye revgan-ı zeyt semeninden hakkım olan elli dört guruş otuz dört pâreyi ben vireyim dimeğle kefil olmuş olduğuna binâ’[en] meblağ-ı mezbûr elli dört guruş otuz dört pâreyi mücerred mersûm İnşâş zimmiden taleb iderim diyü tasaddi eyledikleri da’vâları takrîr-i meşrûhları üzere *ben vireyim dimesi va’d makûlesinden olmağla* iltifât olunmadığı (...)”, GM, nu. 516, v. 3b.

54 “(...) benim mersûmun karındaşı oğlu gâ’ib anî’l-meclis Vasilaki zimmetinde karzdan on iki guruş ve navl-ı sefineden beş guruşuna hakkım olan cem’an on yedi guruşu mesfûr Nikola benden al diyüb ol vecihle kefil olmuş olmağla meblağ-ı mezbûru mersûmdan taleb iderim dimesi takrîr-i meşrûhu üzere *mücerred benden al dimesi elfâz-ı kefaletden olmamağla* bi-vech mü’arazadan men’ olunduğu (...)”, GM, nu. 516, v. 25a.

55 Çatalcalı Ali Efendi, s. 337; Şeyhülislam Feyzullah Efendi, s. 226-227; Yenişehirli Abdullah Efendi, s. 312.

56 Mesela bkz. GM, nu. 511, v. 42a; GM, nu. 512, v. 14a; GM, nu. 514, v. 35b; GM, nu. 515, v. 70b; GM, nu. 516, v. 3b; GM, nu. 517, v. 77a; GM, nu. 518, v. 8b; GM, nu. 521, v. 45a; GM, nu. 523, v. 7b; İM, nu. 59, v. 55b; İM, nu. 60, v. 41a; İM, nu. 63, v. 32a; İM, nu. 64, v. 76b.

sözleşmenin kurucu unsuru (*rûkn*) olarak gören Hanefî fukahasının diğer mezheplere nazaran geçmiş zaman kipinde hassas olması, hukuk güvenliğini sağlama düşüncesiyle paraleldir.⁵⁷

B. Mala Kefaletin Geçerlilik Şartları

Mala kefalet sözleşmesinin hukuk düzeninde sonuçlar doğurabilmesi için geçerli bir şekilde kurulmuş olması gerekir. Sözleşmenin geçerliliğine etki etmesi muhtemel özellikler taşıdıklarından, ayrı ayrı incelenebilecek olan dört unsur şöyle sıralanabilir:⁵⁸ a) sözleşmeyi kuran kişi olarak kefil, b) sözleşmenin tarafı olmasa da borcuna kefil olunduğundan dolayı asıl borçlu, c) alacağına kefil olunan ve bazı Hanefî fukahasına göre sözleşmenin tarafı olan alacaklı, d) kefalet sözleşmesine konu olan borç. Fıkıh kitaplarından anlaşıldığı kadarıyla, mala kefalet sözleşmesinin yazılı yapılması sözleşmenin geçerlilik şartları arasında sayılmamıştır.⁵⁹ Fakat sözleşmenin yazılı yapılmasının bir ispat şartı olarak nazara alınabileceği söylenebilir. Zira alacağına birinin kefil olduğunu iddia eden kimsenin delil getirmedeği ve davalı tarafa yemin de teklif ettirmedeği bazı kayıtlarda, iddiasının mahkemede dinlenmediği görülmektedir.⁶⁰ Halbuki kişinin kefil olduğunu gösteren yazılı bir sözleşmenin mevcut olması durumunda, iddiasının mahkemece değerlendirileceği beklenebilirdi.⁶¹

57 H. Yunus Apaydın, “İrade beyanı”, *DİA*, c. XXII, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul 2000, s. 388–389.

58 İbn Nüceym, s. 223. Bu tasniften başka, kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarının kurulma (*in'ikâd*) ve yürürlük (*nefâz*) şartları gözetilerek de sınıflandırılabilirliği hakkında bkz. İbn Nüceym, s. 223.

59 Krş. Borçlar Kanunu md. 484. İlgili düzenleme, kefilin sorumlu olduğu miktarı belirten bir yazılı sözleşmenin varlığını geçerlilik şartı saymaktadır.

60 “(...) meblağ-ı mezkûru bi-hukmî'l-kefâle mezbûr İsmail beşeden taleb iderim diyü *tasaddî* eylediği da'vâsını *isbâta kâdir ve tahlife tâlib olmamağla* mücebince müdde'iy-ı mezbûr Mehmed beşe da'vâ-yı mezkûresiyle *bi-lâ beyyine mü'ârazadan men' olunduğu* (...)”, GM, nu. 516, v. 38b. Yine bkz. GM, nu. 516, v. 4b, v. 10a, v. 15a, v. 15b, v. 18a, v. 33b; İM, nu. 62, v. 5a; İM, nu. 64, v. 57a.

61 Alacağına birinin kefil olduğuna dair delil getiren alacaklının kefalet sözleşmesinin varlığı hususundaki iddiasının kabul edileceği hakkında bkz. Margînânî, s. 1057. Tarafların irade beyanlarını içeren yazılı belgeler fıkıh tarihinin ilk dönemlerinde ispat vasıtası olarak görülmemekle birlikte, mahkeme teşkilatının gelişmesine paralel biçimde, bu belgelerin ispat vasıtası olarak kabul edildiği belirtilmektedir; bkz. Ali Bardakoğlu, “İsbat”, *DİA*, c. XXII, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul 2000, s. 493.

a. Kefilde aranan şartlar

Mala kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması için kefilin öncelikle bu sözleşmeyi yapmaya ehil olması gerekir. Kefalet sözleşmesi ivazsız bir sözleşme olduğundan esas itibarıyla bir teberru niteliği taşır;⁶² bu nedenle fukahaya göre kefilde teberru ehliyeti aranır.⁶³ Bunun anlamı, kefilin tam ehliyeteye sahip (*âkıl ve bâlğ*) bir kimse olmasıdır. *Mecelle* de bunu kabul etmiştir (md. 628): “Kefaletin inikadında kefilin akıl ve baliğ olması şarttır.” Henüz büyüğe ermemiş ve temyiz gücüne sahip olmayan kimselerin yaptıkları kefalet sözleşmeleri kurulmamış (*bâtıl*) kabul edilir.⁶⁴ Mesela çocukların (*sagîr*) ve akıl hastalarının (*mecnûn*) kefaletleri bu anlamda geçerli değildir.⁶⁵ Mala kefil olan çocuk belli bir süre sonra büyüğe erse bile, alacaklı kendisinden bir talepte bulunamaz.⁶⁶ Bunun bir istisnası olarak, yetimin nafakasını elde etmek için çocuğun velisinin borçlanması durumunda, çocuğun bu miktara kefil olması fukahaca geçerli sayılmıştır.⁶⁷ Yine bunakların (*ma’tûh*), zorlama (*ıkrâh*) ile kefil yapılanların, aklını tamamen kaybetmiş kişilerin mala kefil olmaları geçersizdir.⁶⁸

İncelenen mahkeme kayıtlarında kefilin ehliyeti konusunda bir itirazın ileri sürüldüğüne rastlanmamıştır. Fakat ehliyeteye ilişkin olarak bir kayıta, birkaç çocuğun büyüğe erdikleri zaman alacaklı sıfatıyla hak talep etme ihtimalleri konu edilmektedir.⁶⁹

Bir mala kefalet sözleşmesinde kefil, alacaklı veya asıl borçlunun farklı dinlerden olması, sözleşmenin geçerliliğini etkilememektedir.⁷⁰ Ancak Müslüman olmayan (*zimmî* veya *müste’men*) iki kişinin fıkıhta mal sayılmayan şeyleri konu edinen borçlandırıcı işlemleri için bir Müslüman’ın kefil

62 Mavsîlî, s. 60.

63 Mavsîlî, s. 60; Zeyla’î, s. 146; Molla Husrev, s. 360; İbn Nüceym, s. 224; İbn Âbidîn, s. 281.

64 İbn Nüceym, s. 223.

65 Zeyla’î, s. 146; İbn Nüceym, s. 223; Çatalcalı Ali Efendi, s. 347; *Mecelle* md. 628.

66 İbn Nüceym, s. 224; *Mecelle* md. 628.

67 İbn Nüceym, s. 223.

68 Çatalcalı Ali Efendi, s. 347.

69 “(...) sıgâr-ı mersûmûn *ba’de’l-bülûğ* meblağ-ı mezkûrdan hıssalarını konsolos müvekkil-i mersûmdan ve vekil-i mersûmdan taleb ü da’vâ ve şer’an nesne ahz ider ise ben ve anam müvekkile-i mersûmeden her birimiz me’hûzlarına edâsına te’ahhüd eyledik didikde (...)”, GM, nu. 511, v. 22a.

70 Bir Müslüman ile bir zimmi arasındaki borç ilişkisinde bir müstemenin kefaletinin geçerli olmasına dair bkz. Çatalcalı Ali Efendi, s. 349.

olması caiz görülmemiştir; fakat kefil de bir zimmi ise kefalet sözleşmesi geçerlidir.⁷¹

Mahkeme kayıtlarında kefillerin büyük bir kısmının Müslüman olduğu, bunların da genellikle Müslümanlar arasındaki borç doğurucu işlemler için kefil oldukları göze çarpmaktadır.⁷² Ancak Müslümanların, taraflardan birinin gayrimüslim olduğu işlemlere de kefil olduğunu gösteren kayıtlara rastlanmaktadır.⁷³

Bunun yanında kefillerin hiç de azımsanmayacak kısmı gayrimüslimlerden oluşmaktadır. Zimmi veya müstemenlerin, yine gayrimüslimler arasındaki hukuki işlemlere kefil oldukları anlaşılmaktadır.⁷⁴ Gayrimüslimlerin, Müslümanlar ile gayrimüslimler arasındaki borçlandırıcı işlemlere de kefil

71 Ebû Bekr Şemsü'l-e'imme Muhammed b. Ahmed b. Sehl es-Serahsî, *el-Mebsût*, Matbe'atü's-Se'âde, Kahire 1324, c. XX, s. 24.

72 “*Giridi Hüseyin beşe meclis-i şer'-i münirde Ali celebi ibn-i Ahmed müvâcehesinde mezbûr Ali celebi zimmetinde cihet-i deyn-i şer'idan alacağım olan ikiyüz yirmi gurusun yirmi gurusunu mezbûr Ali celebi işbu meclis-i şer'de bana edâ vü teslim ben dahi yedinden ahz u kabz idüb bâkisi olan ikiyüz gurusu hâlen ve def'aten edâya iktidârı olmayub te'cîl ü taksita tâlib oldukda bendahi be-her mâh bana beşer gurusu virüb ol vecihle meblağ-ı mezbûr ikiyüz gurusu târih-i r'lâmdan kırk ay temâmına değin mü'eccelen edâ itmek üzere mezbûr Ali celebiyi rızâmla te'cîl ü taksit eylediğimde ol dahi kabûl ve ber-vech-i muharrer mü'eccelen ve mukassatan edâya te'ahhüd itdikden sonra işbu hâzır bi'l-meclis Mehmed Sadık ağa dahi zikr olunan beş gurusun edâsına kefil ü zâmin olmuşdur didikde (...)”, İM, nu. 62, v. 44a. Yine bkz. GM, nu. 511, v. 20b; GM, nu. 512, v. 6b; GM, nu. 514, v. 31b; GM, nu. 516, v. 8a; GM, nu. 517, v. 36a; GM, nu. 518, v. 8b; GM, nu. 519, v. 68b; GM, nu. 521, v. 93a; GM, nu. 523, v. 7b; İM, nu. 59, v. 55b; İM, nu. 64, v. 38a.*

73 “(...) sâhibiarzuhâl halatçı *mollâ Salih ibn-i Ali* nâm kimesne Galata bâb mahkemesinde meclis-i şer'de derûn-ı arzuhâlde mezkûrül'ism kalafatçı ustalarından İsmail usta ibn-i Mehmed nâm kimesne müvâcehesinde benim gâ'ib ani'l-beled samancı Torca? beyimiz dimeğle ma'rûf *Yani re'is veled-i Kosta nâm zimmi* zimmetinde halat semeninden alacağım olan yüz yirmi gurusu bi'l-emr ve'l-kabûl mezbûr *İsmail usta* kefil ü zâmin olmağla (...)”, GM, nu. 516, v. 3a. Yine bkz. GM, nu. 516, v. 10a; GM, nu. 523, v. 2b; İM, nu. 59, v. 54b; İM, nu. 62, v. 57a; İM, nu. 63, v. 60a, v. 71a.

74 “(...) keresteci asnâfından *Nikola veled-i Andon nâm zimmi* kendi nefsiden asâlet[en] ve kızı Anaştaşa? nâm nasrâniyye tarefinden ber-vech-i âti vekil-i sâbitül'vekâlesi olmağla vekâlet[en] meclis-i şer'-i şerif-i enverde işbu bâ'isey er-rakim Buhur? ve diğer Buhur? veledey Musa nâm yehûdiler müvâcehelerinde ikrâr-ı tâm ve takrîr-i kelâm idüb bundan akdem güveyüğüm gâ'ib ani'l-beled keresteci *Enisti? veled-i Hristo nâm zimminin mesfûrân Buhur ve diğer Buhur yehûdilere* cihet-i karzdan olan yediyüz gurusu deynine emriyle kefil ü zâmin olmuşidim (...)”, İM, nu. 66, v. 8a. Yine bkz. GM, nu. 511, v. 22a, v. 77a; GM, nu. 516, v. 3b, v. 4b, v. 18a, v. 22b, v. 25a, v. 50a; GM, nu. 523, v. 5a, v. 6b, v. 15a, v. 22a, v. 26a; İM, nu. 59, v. 55b; İM, nu. 61, v. 24a; İM, nu. 62, v. 5a; İM, nu. 63, v. 32a; İM, nu. 64, v. 5a, v. 9a, v. 90a.

oldukları gözlenmektedir.⁷⁵ Mevcut örneklerden anlaşılabilirdiği kadarıyla, kefilin gayrimüslim olmasına dair söz konusu mahkeme kayıtlarında bir itiraz vuku bulmamıştır.

Fukaha kefalet sözleşmesinin geçerliliği hakkında kefilin kadın veya erkek olmasında farklılık gözetmemiştir.⁷⁶ Mezheplerin çoğu evli kadının kefilliğinde kocadan izin alınması şartını öngörmezken, yalnızca Mâlikîler evli kadının kefaleti için belli ayırımlar yapıp izin almayı içeren bazı hükümler vermişlerdir.⁷⁷

Mahkeme kayıtlarında bazı durumlarda kadınların kefil olduğu gözlenmektedir.⁷⁸ Bu kayıtlarda evli kadının mala kefil olmasına izin gerektiren bir durum olduğuna dair bir itiraza da rastlanmadığından, kefaletin geçerliliği bakımından kadın veya erkek olmanın farklı bir sonuç doğurmadığı açıkça söylenebilir.

b. Asıl borçluda aranan şartlar

Asıl borçlu, mala kefalet sözleşmesinin taraflarından biri olmadığından, sözleşmenin geçerliliği üzerindeki etkisi belirli hususlarla sınırlıdır. Fukaha, asıl borçlunun borcunu ödemeye güç yetirebilmesi ve biliniyor olması şartları dışında, onun hakkında kefalet sözleşmesini geçersiz kılacak şartlar aramamıştır.

75 “(...) uncu *Tatos veled-i Kazer nâm zimmi* Galata bâb mahkemesinde meclis-i şer’de sermünâdi es-seyyid el-hâc Mehmed ağa bin Osman nâm kimesne müvâcehesinde mezbûr *es-seyyid el-hâc Mehmed ağanın* Galata’ya muzâfe kasabe-i Fındıklı’da Mollacelebi mahallesinde vâkı’ kalafat yeri kurbunda mütemekkin işbu hâzır bi’l-meclis uncu *Toros veled-i Erkil nâm zimmi* zimmetinde bâ-temessük cihet-i karzdan alacak hakkı olan dört yüz guruşa ben bi’l-emr ve’l-kabûl kefil ü zâmin olmuşidim (...)”, GM, nu. 523, v. 9b. Yine bkz. GM, nu. 512, v. 32b; GM, nu. 516, v. 5b, v. 15b, v. 19b, v. 25a, v. 33b, v. 34a, v. 43b; GM, nu. 519, v. 7b; GM, nu. 523, v. 26b; İM, nu. 62, v. 43a, v. 57b, v. 84a, v. 86b, v. 89b; İM, nu. 64, v. 10b, v. 73b.

76 Kadının, ölen kocasının borcuna kefaleti hakkında bkz. Çatalcalı Ali Efendi, s. 340.

77 Kahraman, *Kefalet sözleşmesi*, s. 102-104.

78 “(...) mezbûre Şerife Rukiye zimmetinde cihet-i havâleden hakkım olan meblağ-ı markûm yüz elli guruşa mezbûre Şerife Rukiye’nin li-ebeveyn kız karındaşı gâ’ibet anı’l-meclis *Şerife Fatıma nâm hatun* kefil ü zâmine olub (...)”, GM, nu. 523, v. 7b. “(...) mezbûre *Nefise hatun* rihân-ı mezkûru istihlâs için mâlinden on dört kantâr üç vakıyye yerlü sabununu ikiyüz elli iki guruş beş pâre zevci gâ’ib-i mezbûrun deyni mukâbelesinde bana def’ ü teslim ve bâkisi olan yüz seksen yedi guruş otuz beş pâre deynine dahi kefil ü zâmin olub (...)”, İM, nu. 59, v. 80b.

Fukahaya göre kefalet sözleşmesinin geçerliliği bakımından asıl borçlu öncelikle, üstlendiği borç konusunu bizzat veya yardımcısı aracılığıyla alacaklıya teslim etmeye güç yetirebiliyor (*kâdir*) olmalıdır.⁷⁹ Bu nedenle, Ebû Hanîfe'ye göre müflis olarak ölen kimsenin borcuna kefil olunamaz.⁸⁰ Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre ise böyle bir kişinin de borcuna kefil olunabilir.⁸¹ Kefil olunan müflis asıl borçlu sağ ise, fukahaya göre kefalet sözleşmesi geçerlidir.⁸² *Mecelle*'nin 633. maddesinde, Ebû Hanîfe'nin görüşü benimsenmemiştir: "Mekful anının yesarı şart olmayıp müflise dahi kefalet sahih olur."⁸³

İncelenen mahkeme kayıtlarında, müflis olarak ölen kişinin borcuna kefil olduğuna rastlanmamıştır. Ancak bir kayıтта, sağ asıl borçlunun borçlarının malvarlığından fazla hale gelmesinden sonra, alacaklının kefilden talepte bulunduğu zikredilmektedir.⁸⁴ Yine bir kayıтта, hayatta iken borcuna kefil olunduktan sonra ardında mal bırakmadan ölen bir borçlunun alacaklısının talepleri konu edilmektedir.⁸⁵

Fukaha ikinci şart olarak, asıl borçlunun sözleşmenin taraflarınca biliniyor (*ma'lûm*) olmasını aramıştır.⁸⁶ Buna göre, alacaklının herhangi bir borçlusuna kefil olduğunu söyleyen kişinin kefaleti geçerli değildir.⁸⁷

79 İbn Nüceym, s. 224.

80 Mavsîlî, s. 64; Margînânî, s. 1054; Zeyla'î, s. 159-160; İbn Nüceym, s. 224 ve 253; İbn Âbidîn, s. 312; Çatalcalı Ali Efendi, s. 340.

81 Mavsîlî, s. 64; Margînânî, s. 1054-1055; Zeyla'î, s. 159; İbn Nüceym, s. 253.

82 Fukahanın sağ müflise kefil olmayı ittifakla caiz gördüğü hususunda bkz. Ali Haydar, s. 53. Müflis sağ borçluya kefil olan kişiden talepte bulunulabileceğine dair bkz. Dürriyade Mehmed Arif Efendi, s. 275.

83 "Vakıa balada mezkur olduğu üzere müflis meyyite kefalet meselesinde *Mecelle*'nin neşrine kadar İmam-ı Azam rahimehullah kavli müfta bih idi.", bkz. Ali Haydar, s. 54.

84 "(...) mâl-i şirket olmak üzere mezbûr Mehmed Emin'e mâlimden sekiz yüz gurus virüb oldahi ba'de'l-ahz a'mâl üzere iken *düyûnu terikesinden ezyed* olduğu hâlde fevt ve benim mâl-i şirket olmak üzere kendüye virdiğim meblağ-ı mezkûr telef ü zâyı' olub (...)", İM, nu. 64, v. 38a.

85 "(...) mezbûre Şerife Rukiye bundan akdem vefât eyledikde *kat'an terikesi olmıyub* ben meblağ-ı markûmu kefil-i markûme Şerife Fatıma'dan kefâletine binâ'[en] taleb ü da'vâ (...) iderim diyü da'vâ itdikde (...)", GM, nu. 523, v. 7b. Başka bir kayıтта ise, ölen müflis olmayan borçlunun terekesine başvuran alacaklıyla varis arasında anlaşma olduğu ve anlaşma miktarına kefil olduğu görülmektedir, bkz. GM, nu. 517, v. 92b.

86 Zeyla'î, s. 154.

87 İbn Nüceym, s. 224. İbn Âbidîn, geçersizlik için bu bilinmezliğin fahiş derecede olmasını gerektiğini belirtmektedir, bkz. İbn Âbidîn, s. 304.

Konu edilen kayıtlarda asıl borçlunun bilinmesine dair bir anlaşmazlığa rastlanmamaktadır. Neredeyse her kayıtta asıl borçlunun ismi ve varsa mesleği zikredildiğinden, asıl borçlunun biliniyor olması şartının yerine geldiği kayıtlardan teyit edilebilmektedir. Birçok kayıtta, ismi ve mesleği kaydın başlangıcında zikredilen asıl borçlunun ismi, kefilin kefaleti ikrarı sırasında tekrar belirtilmektedir.⁸⁸

Fukaha asıl borçlunun *âkıl*, *bâliğ* veya hür bir kişi olmasının şart olmadığını belirtmiştir.⁸⁹ *Mecelle*'deki hüküm de (md. 629) bu yöndedir: "Mekful anının akıl ve baliğ olması şart değildir. Binaenaleyh, mecnun ve sabinin borcuna kefalet sahih olur."⁹⁰ Sözleşmenin geçerli olması için asıl borçlunun rızasının bulunması da şart koşulmamıştır. Zira kefilin kendi malı üzerinde borçlu lehine yapacağı bu tasarruf, borçluya zarar vermemektedir.⁹¹ Ayrıca, asıl borçlunun sözleşmenin kurulduğu ortamda (*meclisü'l-akd*) bulunması sözleşmenin geçerliliği açısından şart değildir.⁹² Kefilde olduğu gibi, asıl borçlunun kadın olmasında da fukaha kefalet sözleşmesi bakımından bir sınırlama getirmemiştir. Sayıca çok olmasa da, kadınların asıl borç ilişkisinin borçlusu konumunda oldukları, bazı mahkeme kayıtlarından anlaşılabılır.⁹³

88 "(...) markûm debbâğ Mehmed ağa dahi ben *mezbûr Ahmed Alemdar*'ın cihet-i mezkûreden markûm İsmail ağaya deyni olan meblağ-ı markûm iki bin yedi yüz guruşa tarefeynden bi'l-emr ve'l-kabûl kefil ü zâmin oldum didikde (...)", GM, nu. 515, v. 70b. "(...) *mesfûr İstefan zimminin* cihet-i markûmeden deyni olan meblağ-ı mezkûr dört yüz guruş karındaşı mersûm Manol kefil ü zâmin olmağla (...)", GM, nu. 516, v. 34a. "(...) gâ'ib anî'l-beled *keresteci Enisti?veled-i Hristo nâm zimminin* mesfûrân Buhur ve diğer Buhur yehûdilere cihet-i karzdan olan yedi yüz guruş deynine emriyle kefil ü zâmin olmuşidim (...)", İM, nu. 66, v. 8a.

89 İbn Nüceym, s. 224. Akıl hastasına kefil olunabileceğine dair bkz. Dürriyade Mehmed Arif Efendi, s. 275. Kölenin borcuna kefil olunmasına dair bkz. Şeyhülislam Feyzullah Efendi, s. 226.

90 Borçlanma izni verilmiş bir kölenin borcuna kefil olmada, kefilin kim olabileceği konusunda ve alacaklıya ödeme yaptıktan sonra köleye rücu etmede bazı özel hükümler mevcuttur, bkz. Margînânî, s. 1062; Zeyla'î, s. 169-170; İbn Nüceym, s. 264-265.

91 Margînânî, s. 1051.

92 Çatalcalı Ali Efendi, s. 339. Fukahanın asıl borçlu için aramadığı ehliyet, hürriyet ve sözleşme ortamında bulunma gibi hususlar incelenen mahkeme kayıtlarında da itiraza konu olmamıştır.

93 "(...) es-seyyid Mehmed ağa ibn-i el-mezbûr es-seyyid Mustafa meclis-i şer' de ıkrâr ve takrîr-i kelâm idüb mezbûre *Şerife Hafza hatunun* (...) *zimetinde deyni olan meblağdan* mezkûr bin ikiyüz otuz guruşun edâsına bendahi bi'l-emr ve'l-kabûl kefil ü zâmin oldum didikde (...)", GM, nu. 512, v. 47a; GM, nu. 514, v. 35b; GM, nu. 517, v. 52b; GM, nu. 521, v. 32a.

c. Alacaklıda aranan şartlar

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği bakımından alacaklıda aranan özellikler, bilinmesi ve (onun kabul beyanını arayan fukahaya göre) sözleşmenin kurulduğu ortamda bulunmasıdır.

Fukaha öncelikle alacaklının kefil tarafından biliniyor (*ma'lûm*) olması gerektiğine hükmetmiştir.⁹⁴ Kefilin borçluya “senin üzerinde kimin hakkı ortaya çıkarsa kefilim” veya “sana kim ne satarsa parasına kefilim” demesiyle kefalet sözleşmesi kurulmaz.⁹⁵ Ancak bu hükmün bir istisnası olarak fukaha, ölüm hastalığına yakalanan kişinin (*marîz*), varisine “borçlarıma kefil ol” demesini geçerli kabul etmişlerdir. Bu ilişkide, *marîzin* alacaklısı yahut alacaklıları zikredilmediğinden, varis bakımından alacaklı bilinmiyor durumdadır.⁹⁶ Alacaklının bilinmemesinin bir başka istinası ise, ortakların birbirinin hem kefil hem de vekili olduğu *müfâvada* şirketidir. Bu örnekte de ortakların alacaklısının bilinmemesi, mala kefalet sözleşmenin kurulmasına engel olmamaktadır.⁹⁷

İncelenen mahkeme kayıtlarında, kefalet sözleşmesinin alacaklısının kim olduğu neredeyse her durumda tespit edilebilmektedir. Kayıtlarda zikredilen alacaklı çoğunlukla davayı açan kişi olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹⁸ Bazen de alacaklının mahkemede hazır bulunan kişilerden biri olarak zikredildiği görülmektedir.⁹⁹ Bir mahkeme kaydında *müfâvada* şirketi kurarak ortak olan kişilerin bir gemiye yükleyecekleri mallara kefil olunduğu görülmektedir. Alacaklının isminin belirtilmemesi her ne kadar fukahaca kefalet

94 Zeyla'î, s. 154; Molla Husrev, s. 371; İbn Nüceym, s. 224.

95 Bu gibi lafızlar için bkz. Ali Haydar, s. 39. Kefilin asıl borçluya “üzerinde her kimin hakkı zuhur ederse ben kefilim” demesinin veya yalnızca “zararına kefil oldum” demesinin, kefaletin geçersizliğine sebep olmadığına dair bir fetva için bkz. Çatalcalı Ali Efendi, s. 339–340.

96 Margînânî, s. 1054.

97 İbn Âbidîn, s. 308.

98 “(...) *mollâ Osman bin el-hâc İbrahim* Galata bâb mahkemesinde meclis-i şer‘de derûn-ı arzuhâlde [arzuhâlde] markûmetü’l-ism zâtı mü‘arrefe Ümmügülsüm bint-i Ahmed nâm hatun müvâcehesinde benim markûme Ümmügülsüm hatun zimmetinde cihet-i karzdan yüz elli guruş alacağım olmağla (...) mezbûre Ümmügülsüm hatundan taleb iderim diyü *da’vâ itdikde* (...)”, GM, nu. 523, v. 7b.

99 “Kalafatçı tâ’ifesinden İsmail yazıcı ibn-i Abdullah nâm kimesne (...) müteveffâ-yı mezbûrun hayâtında şeriki olan el-hâc Mehmed ağa ibn-i el-hâc Hasan hâzır olduğu hâlde ıkrâr ve takrîr-i kelâm idüb *hâzır-ı mezbûr el-hâc Mehmed ağanın* (...) hakkı olan yüz elli guruşun edâsına bi’l-emr ve’l-kabûl kefil ü zâmin olub meblağ-ı bâkî-i mezkûr mezbûr el-hâc Mehmed ağaya edâya bana tenbîh olunmağla (...)”, GM, nu. 514, v. 78b.

sözleşmesinin geçerliliğini etkilemese de, alacaklının ismi, davayı açan kişi olması nedeniyle kayıta yer almaktadır.¹⁰⁰

Sözleşmenin kurulması için alacaklının kabul beyanının zorunlu olduğuna hükmeden bazı fukahâ, bu beyanın hukuken geçerli olarak sadır olması gerektiğini zikretmektedir. Bu nedenle *âkıl* olmayan alacaklının kabul beyanının geçerli olmadığını belirtmektedirler.¹⁰¹

Mahkeme kayıtlarında alacaklının ehliyetsizliği nadiren söz konusu olmakta, ehliyetsizliği gerekçe gösteren bir itiraza da rastlanmamaktadır. Bir kayıta, akıl hastasının malından hastanın vasisinin borç vermesi ve bu borca kefil olunması yer almaktadır.¹⁰² Yine, *âkıl* olup olmadığı kayıtlardan anlaşılamamakla birlikte, küçüklerin (*sagîr*) mallarından borç verildiği ve bu borca kefil olduğu durumlara rastlanmaktadır.¹⁰³

Fukahaya göre alacaklının hürriyetine sahip olmaması ise, sözleşmenin geçerliliğini etkileyen bir husus değildir.¹⁰⁴ Alacaklının cinsiyeti bakımından da fukahâ bir ayırım yapmamıştır, kadınların alacaklı durumda olduğu borçlara da kefaletin mümkün olduğu, mahkeme kayıtlarından anlaşılabılır.¹⁰⁵

100 Bkz. GM, nu. 516, v. 2a.

101 İbn Nüceym, s. 224.

102 “(...) *cünûn-ı mutbık ile mecnûne Rukıye hatun ibnet-i Yakub’un bi’l-cümle mâlini zabt u hıfz ve ümürünü rü’yete kâbel-i şer’den mansûbe vasıyısı olub zâtı ta’rif-i şer’i ile mü’arrefe olan ammesi kızı bâ’îsetü’l-vesika Züleyha hatun ibnet-i Mehmed mahzarında ıkrâr ve takrîr-i kelâm idüb mecnûne-i mezbûre Rukıye hatunun mâlinden altı yüz guruşu vasıy-ı mezbûre Züleyha hatun bana idâne vü teslim idüb (...) bakkâl tâ’ifesinden Togomari veled-i Tenaki ve Yani veled-i Aleksî nâm zimmîlerden her biri meclis-i şer’de vasıy-ı mezbûre mahzarında ıkrâr ve takrîr-i kelâm idüb markûm bakkâl Dimitri’nin vasıy-ı mezbûre Züleyha hatun yedinden mecnûne-i mezbûrenin mâlinden kabz eylediği meblağ-ı mecmû’-ı mezkûr altı yüz toksan guruşun edâsına bi’l-emr ve’l-kabûl her birimiz başka başka kefil ü zâmin olduk didiklerinde (...)”, GM, nu. 519, v. 7b.*

103 “(...) hâzır-ı mezbûr tütüncü Kiryako meclis-i şer’de ve vasıy-ı mezbûr el-hâc İbrahim efendi ile mezbûr tütüncü Anani müvâcehesinde ıkrâr ve takrîr-i kelâm idüb *sagîretân-ı mezbûretân Habibe ve Esmâ’nın mâllerinden* markûm tütüncü Anani’nin vasıy-ı mezbûr el-hâc İbrahim efendiye zimmetinde edâsı lâzım deyni olan meblağ-ı mecmû’-ı mezkûr bin üç yüz yirmi guruşun edâsına bi’l-emr ve’l-kabûl kefil ü zâmin oldum didikte (...)”, GM, nu. 512, v. 32b. Yine bkz. GM, nu. 514, v. 35b; GM, nu. 517, v. 15b; GM, nu. 519, v. 65a; GM, nu. 521, v. 45a. Bazı durumlarda vâsinin kadın olduğu hatırlatılabilir.

104 İbn Nüceym, s. 224.

105 “(...) *Fatıma bint-i Abdullah nâm hatun* (...) ıkrâr ve takrîr-i kelâm idüb (...) hakkım olan yüz on beş guruşu terikesinden ve mezbûre Ayşe hatundan *aleb eylediğim*de (...) hâzır bi’l-meclis İbrahim efendi ibn-i Hüseyin dahi müddet-i madrûbe temâmında meblağ-ı mezkûrun edâsına bi’l-emr ve’l-kabûl kefil ü zâmin oldu (...)”, GM, nu. 517, v. 92b. Yine bkz.

d. Borcun konusunda aranan şartlar

Asıl borç ilişkisinin sahip olduğu özellikler, fukaha tarafından kefaletin geçerliliği bakımından dikkate alınmaktadır. Buna göre mala kefalet sözleşmesi her türlü borç için değil, belli nitelikteki borçlar için kurulmaktadır. Fukahaya göre borç asıl borçludan tahsil edilebilmeli, kefil bu borcu ödeyebilmeli ve borç kefilini bağlayıcı mahiyette olmalıdır.

İncelenen birçok mahkeme kaydında satım bedeline kefil olduğu gözlenmektedir.¹⁰⁶ Bir kayıta ise, *bey' bi'l-istiğlâl* yoluyla yapılacak ödemeye de kefil olduğu tespit edilmektedir.¹⁰⁷

Bir başka mahkeme kaydında, mehir ve nafaka borcuna kocanın lehine kefil olunmaktadır: Kızına vekalet ederek, kızının kocasıyla anlaşarak (*muhâle'a* yoluyla) boşanmasını sağlayan baba, kocayı ibra ettikten sonra, eğer kızı kocasına mehir gibi taleplerle dava açıp tahsilat yaparsa, kocaya bunları ödemeye kefil olduğunu söylemektedir.¹⁰⁸

GM, nu. 515, v. 75b; GM, nu. 516, v. 10a, v. 49b; GM, nu. 517, v. 15b, v. 53a, v. 77a, v. 81b; GM, nu. 519, v. 7b, v. 70a; İM, nu. 64, v. 57a.

106 “(...) Sakızlı Marki veled-i Hıriso Voluni nâm zimmi zimmetinde *semen-i mebi'den* (...) cem'an dört kıt'a deyn temessükâtı mücebberince min-haysül'l-mecmû' hakkım olan on beş bin yedi yüz altmış sekiz guruşa tarefeynden bi'l-emr ve'l-kabûl işbu mersûm Dimitri kefil ü zâmin oldukdansonra (...)”, GM, nu. 523, v. 6b. Yine mesela bkz. GM, nu. 515, v. 70b; GM, nu. 516, v. 10a; GM, nu. 518, v. 8b; GM, nu. 519, v. 7b; GM, nu. 521, v. 32a; İM, nu. 523, v. 2b; İM, nu. 59, v. 54b; İM, nu. 61, v. 24a; İM, nu. 62, v. 5a; İM, nu. 63, v. 71a; İM, nu. 64, v. 90a.

107 “(...) ben âlât-ı lâzime-i mezkûreyi mezbûr Mehmed İzzet celebîye cihet-i karzdan zimmetimde deynim olan beş yüz guruş mukâbelesinde *bi-tarîkı'l-istiğlâl bey'* ü teslim eylediğimde (...) asnâf-ı mezkûrenin kethudâsı Ali ağa ibn-i Ahmed ve usta İbrahim bin Ahmed nâm kimesneler meclis-i şer' de mezbûr Mehmed İzzet celebî mahzarında her biri ıkrâr ve takrîr-i kelâm idüb meblağ-ı deyn-i mezkûra bi'l-emr ve'l-kabûl her birimiz başka başka kefil ü zâmin olduk didiklerinde (...)”, GM, nu. 511, v. 42a.

108 “(...) beynlerinde husn-ı mü'âşeretleri olmamağla ben ber-vech-i âtî hul'e bi'l-vekâle tâlib olduğum eelden mezbûrun zimmetinde mütakarrer ve ma'kûd aleyh olan altmış guruş *mihr-i mü'ecceli ile nefaka-ı iddeti* üzerlerine ve mü'esses süknâsı dahi kızım müvekkile-i mezbûre üzerine olmak üzere zevc-i mezbûr Süleyman beşe ile bi'l-vekâle hul' olduğumda oldahi hul'-i mezkûru ba'de'l-kabûl hukûk-ı zevciyyete ve ibtidâ'-ı zevciyyetinden işbu târîh-i kitâba gelince bi'l-cümle beynlerinde cereyân iden ahz u 'tâ ve mü'âmelât-ı şettâ ve hukûk-ı sâ'ire-i şer'iyeye müte'allıka âmme-i da'vâdan her birimiz bi'l-asâle ve bi'l-vekâle âharın zimmetini ibrâ vü iskât ve her birimiz ber-vech-i muharrer âharın Jâharın[ibrâsını kabûl eyledik lâkin kızım müvekkile-i mezbûre Emine hatun eğer ba'de-zemân beni tevkiil eylediğini inkâr birle zevci markûmun mihr-i mezkûr altmış guruşunu da'vâ ve şer'an nesne ahz iderse me'hûzuna ben kefil ü zâmin oldum didikde (...)”, GM, nu. 511, v. 52b.

Kayıtlarda, rehin konusu malın teslimine kefil olunmaya rastlanmamakta fakat bazı kayıtlarda rehin verenin ödeyeceği meblağa kefil olduğu gözlenmektedir.¹⁰⁹ Böylece alacak, iki kere teminat altına alınmaktadır.

Mahkeme kayıtlarında kiraya verilen şeye kefil olduğu görülmemekte fakat kira bedeline kefil olduğu görülmektedir.¹¹⁰

Fukahaya göre, kefalet sözleşmesinin konusu olan asıl borcun miktarının bilinmemesi sözleşmenin geçersizliğine yol açmaz.¹¹¹ *Mecelle*'deki hüküm de bu yöndedir; 630. maddede "Mekful bih nefis ise malum olması şarttır ve mal ise malum olması şart değildir. Binaenaleyh filan adamın filan adama olan borcuna kefilim dedikte borcun miktarı malum olmasa dahi kefalet sahih olur" hükmü mevcuttur.

İncelenen kayıtlardaki asıl borç ister bir satım bedeli ister bir para borcu olsun, borcun miktarı neredeyse her kayıta belirtilmektedir. Ayrıca kefil olan kişinin ne miktarda bir borca kefil olduğu da zikredilmektedir.¹¹² Yine kayıtlardan anlaşıldığı kadarıyla, borcun bir kısmına kefil olunmuşsa, bu meblağ zikredilmektedir.¹¹³ Hukuken şart koşulmasa dahi, kefil olunan miktarın

109 Bkz. GM, nu. 519, v. 91b; GM, nu. 521, v. 32a.

110 "(...) mezbûrûn ber-vech-i muharrer müste[']cirleri oldukları dekâkin-i mezbûrenin kirâlarını mâh be-mâh virmede eziyet ü cefâ itmeleriyle ihrâcları matlûbumdur diyü tasaddî eylediği da'vâsından meccânen fârîğ olub müste[']cirûn-ı mezbûrûn dahi ücret-i müsemmâ-yı mezkûreleri şehren be-şehren bi-lâ cevri ü cefâ müdde'iy-ı mezbûra edâya te'ahhüd idüb kethudâları mezbûr Ahmed ağa dahi müste[']cirûn-ı mezbûrûnun emrleriyle ücret-i müsemmâ-yı mezkûrelere kefil ü zâmin oldum diyü eylediği takrîri (...)", İM, nu. 59, v. 55b. Yine bkz. İM, nu. 64, v. 90a.

111 Mavsîlî, s. 62; Margînânî, s. 1049; Zeylâ'î, s. 152; İbn Nüceym, s. 224 ve 235; İbn Âbidîn, s. 301. "Bekir zimmetinde ne kadar akçe hakkın sabit olursa ben meblağ-ı mezbûra kefilim" lafzıyla kefaletin geçerli olduğu hakkında bkz. Dürriyade Mehmed Arif Efendi, s. 279. "Hizmetine verdiğim köle ne gasb ederse veya ne çalarsa kefilim" demekle kefil olunabileceğine dair bkz. Dürriyade Mehmed Arif Efendi, s. 288.

112 "(...) mersûm Melet zimmî dahi eccl-i mezkûr hulûlünde temâmen edâya ba'de't-te'ahhüd müddet-i mezkûre temâmında meblağ-ı mezkûr üç yüz yirmi beş guruşun edâsına işbu hâzır bi'l-meclis bakkâl Yorgaki veled-i Kosti zimmî dahi bi'l-emr ve'l-kabûl kefil ü zâmin olduğu (...)", İM, nu. 64, v. 10b. Yine mesela bkz. GM, nu. 511, v. 42a; GM, nu. 512, v. 6b; GM, nu. 514, v. 35b; GM, nu. 515, v. 70b; GM, nu. 516, v. 4b; GM, nu. 517, v. 36a; GM, nu. 519, v. 68b; GM, nu. 521, v. 45a; GM, nu. 523, v. 5a; İM, nu. 59, v. 79b; İM, nu. 62, v. 44a; İM, nu. 63, v. 60a; İM, nu. 66, v. 8a.

113 "(...) benim gâ'ib anî'l-meclis kayıkcı Ali bin Abdullah zimmetinde iki cûfte ta'bîr olunur piyâde kayık semeninden hakkım olan on sekiz guruşdan bâkî on altı guruşa mezbûr Mehmed beşe bi'l-emr ve'l-kabûl kefil ü zâmin olmağla meblağ-ı bâkî-i mezkûr on altı guruşu mezbûrdan bi-hukmî'l-kefâle hâlen taleb iderim diyü (...)", GM, nu. 516, v. 8a.

tarafarla ikrar edildiğinin kayıtlarda gösterilmesi, bu konuda çıkabilecek ihtilafların mahkeme kaydıyla önlenebilmesine matuf bir güvence sayılabilir.

Fukahaya göre satılan malın semeninin ödenmesi konusunda vekilin müvekkile veya *mudâribin* mal sahibine kefaleti geçerli değildir, zira vekil ve *mudârib* semenin kabzı konusunda zaten asaleten hak sahibidir.¹¹⁴

Mahkeme kayıtlarında vekilin müvekkile kefil olduğu iddiasını içeren bir kayda rastlanmıştır.¹¹⁵ Müvekkil hem vekalet hem de kefaletin var olduğunu iddia etmiş; satıma vekalet ettiğini kabul eden vekil, kefaleti inkar etmiştir. Kayıtta, müvekkilin iddiasına delil getiremeyip vekilin yemin vermesinin ardından müvekkilin kefalet iddiası haklı bulunmamıştır. Kadı, “satım bedelinin ödenmesinde vekilin müvekkile kefil olamayacağı” kuralını uygulamaya gerek duymamış, vekilin kefaletinin delillendirilememesini göz önüne alarak kararını vermiştir.

III. Mala Kefalet Sözleşmesinin Hükümleri

Fukahaya göre mala kefalet sözleşmesinin hükmü, asıl borçlunun ödemesi veya teslim etmesi gereken şeyin alacaklı tarafından kefilden istenmesinin sabit olmasıdır.¹¹⁶ Alacaklı, asıl borçlu üzerindeki hakkını borçlunun yanı sıra kefilden de talep edebilir. Mala kefaletin bu sonucu, sözleşmeye konan şartlar, kefillerin sayısı vb. durumlara göre farklı görünüm almaktadır. Hem bu görünümeleri belirleyebilmek, hem de sözleşmeden etkilenen kişilerin hak ve sorumluluklarını ayırabilmek amacıyla, mala kefalet sözleşmesinin

114 Zeyla'î, s. 160; İbn Nüceym, s. 253; Dürrizade Mehmed Arif Efendi, s. 275. Bir vakıf mütevellisinin, vakıf malını kiraya verip kira bedeline kefil olmasının geçersizliği için bkz. Yenişehirli Abdullah Efendi, s. 314. İstirbah eden mütevellinin kefaletinin geçersizliği için bkz. Yenişehirli Abdullah Efendi, s. 317-318.

115 “(...) yedimde mâlim olan iki cüfte ta'bir olunur bir piyâde kayığımı semen-i misliyle âhara nes'et[en] *bey'e mezbûr Mehmed beşeyi tarefîmden tevki'l oldahi* zikr olunan kayığı gâ'ib anî'l-meclis Hasan beşe ibn-i Abdullah nâm kimesneye altmış altı guruşa bi'l-vekâle bey' ve semen-i mezkûrun yirmi guruşunu bana teslim itdikden sonra gâ'ib-i mezbûrun zimmetinde kalan kırk altı guruşa markûm Mehmed beşe bi'l-emr ve'l-kabûl kefil ü zâmin olmağla meblağ-ı mezbûr kırk altı guruşu bi-hukmî'l-kefâle markûm Mehmed beşeden taleb iderim (...) müdde'âsını *isbâta kâdir olmıyub* bi't-taleb markûm Mehmed beşe ba'de't-tahlîfi-ş-şer'î mücebince müdde'iy-ı markûm da'vâ-yı mezkûresiyle bi-lâ beyyine mü'ârazadan men' olunduğu (...)”, GM, nu. 516, v. 15a.

116 İbn Nüceym, s. 224; *Mecelle* md. 634: “Kefaletin hükmü mutalebedir. Yani mekful lehine kefilden mekful bihi mutalebeye hakkı olmaktır.”

hükümleri üç yönden incelenebilir: a) kefilin sorumluluğu, b) alacaklının hakları, c) asıl borçlu-kefil ilişkisi.

A. Kefilin Sorumluluğu

Mala kefalet sözleşmesinin herhangi bir şart zikredilmeden, mutlak kurulması durumunda, kefilin mutalebe sorumluluğu asıl borçlunun sorumluluğuyla aynıdır.¹¹⁷ *Mecelle*'de böyle bir kefalet “müneccez” olarak nitelendirilmiştir (md. 617): “Kefalet-i münecceze, şarta muallak ve zaman-ı müstakbele muzaf olmayan kefalettir.” Fakat kefalet sözleşmesini uygun şartlara bağlamak mümkündür.¹¹⁸ *Mecelle*'ye göre kefalet, “(...) mutlak olarak münakid olduğu gibi, tacil veya tecil kaydıyla, yani hemen yahut filan vakitte ifa olunmak üzere diye mukayyed olarak dahi münakid olur” (md. 625).

Mala kefalet sözleşmesi bir vadeye bağlanabilir. Sözleşmenin mutlak olarak kurulmasından sonra, asıl borcun tecil edilmesi veya taksite bağlanması durumunda mala kefalet de aynı tecil ve taksite tabidir. Zira fukahaya göre asıl borçluya tanınan erteleme (*te'hîr*), kefile de tanınmış olur, bunun aksi kabul edilmemektedir.¹¹⁹ Müeccel bir kefaleti ikrar eden kişinin mutalebe sorumluluğu vardır,¹²⁰ ancak alacaklı ecelin gelmesinden önce kefiliden asıl borcun ödenmesi talebinde bulunamaz.¹²¹

İncelenen mahkeme kayıtlarının neredeyse tümünde mala kefalet sözleşmesinin şarta bağlı değil, mutlak olarak kurulduğu, fakat mutlaklığın ayrıca zikredilmediği görülmektedir. Yalnızca bir kayıtta “kefâlet-i mutlaka” ile kefil olduğu belirtilmiştir.¹²²

117 *Mecelle* md. 652: “Kefalet-i mutlakada deyn eğer asil üzerine muaccel ise kefil hakkında dahi muaccel ve asil üzerine müeccel ise kefil hakkında dahi müeccel olarak sabit olur.”

118 Mavsîlî, s. 64; Margînânî, s. 1050; Zeyla'î, s. 153; İbn Nüceym, s. 239; İbn Âbidîn, s. 305. İbn Nüceym'e göre uygun şarttan kasıt sözleşmenin gereklerine (*muktazâsına*) uygunluktur.

119 Mavsîlî, s. 63; Margînânî, s. 1052; Zeyla'î, s. 156; İbn Nüceym, s. 245; Yenişehirli Abdullah Efendi, s. 317; Çatalcalı Ali Efendi, s. 351. Ecel belirtmeden kefil olup, asıl borcun eceli geldiğinde, ecelin gelmesiyle kefaletinin sona erdiğini iddia eden kefilin haksızlığına dair bkz. Çatalcalı Ali Efendi, s. 356. Asıl borçlunun taksitli ve tecilli borcuna kefil olan kişiden ecel gelmeden borcun tamamının istenemeyeceğine dair bkz. Dürriade Mehmed Arif Efendi, s. 277-278. Fukahaya göre kefilin borcu ertelendiğinde ise, asıl borçlunun borcu ertelenmiş olmaz.

120 Mavsîlî, s. 65.

121 Çatalcalı Ali Efendi, s. 355. Vefat eden kefilin terekesinden, ecel henüz gelmemişken talepte bulunulamayacağına dair bkz. Dürriade Mehmed Arif Efendi, s. 287.

122 “(...) müvekkil-i mesfûrun alacağı olan bin altı yüz guruşun edâsına karındaşı mezbûr Ali beşe bi'l-emr ve'l-kabûl *kefâlet-i mutlaka* ile kefil bi'l-mâl olub (...)”, İM, nu. 62, v. 57a.

Mahkeme kayıtlarından birinde, ancak asıl borçlunun vekilinin alacaklıya ödeme yapmaması durumunda borcun kefilden talep edilmesi gerektiği zikredilmiştir.¹²³ Şart içeren kefalet sözleşmeleri, daha ziyade müvekkil-vekil ilişkisine dair şartların konulduğu sözleşmelerdir. Söz gelimi, “müvekkilin vekalet sözleşmesini inkar etmesi durumunda asıl borca kefil olunduğu”na dair bazı kayıtlar mevcuttur.¹²⁴

Kayıtlarda sözleşmeye konan şartın uygun olmadığına dair bir itiraza rastlanmamaktadır. Bu durum, kefalet sözleşmesinin kurulmasındaki şartlar konusunda fıkhen gerekli kriterlerin dikkate alındığına delalettir.

Mahkeme kayıtlarında asıl borç birçok durumda peşin olmakla birlikte, ecele bağlanan asıl borçlara da rastlanmaktadır. Bu tip kefaletlerde asıl borç tecil edilmiş veya taksitli hale gelmiş, kefil de bu müeccel yahut taksitli asıl borca kefil olmuştur.¹²⁵ Ayrıca, kefilin öncelikle peşin borca kefil olduğu,

123 “(...) meblağ-ı mezkûru polîçe tarîkiyle âsîtâne-i aliyyeye vekîlim markûma temâmen irsâl idüb eğer edâ olunmaz ise medîne-i İzmir’de mütemekkin Galatî nâm zimmi edâsına kefil ü zâmin oldukdansonra (...)”, GM, nu. 511, v. 22a.

124 “(...) müvekkile-i mezbûre Emine hatun eğer ba’de-zemân *beni tevkil eylediğini inkâr birle* zevci markûmun mihr-i mezkûr altmış gurusunu da’vâ ve şer’an nesne ahz iderse me’hûzuna ben kefil ü zâmin oldum didikde (...)”, GM, nu. 511, v. 52b. “(...) mü’ekkil-i mezbûr Ömer beşe ibn-i Üveys ba’de-zemân gelüb *vasıy-ı mezbûrdan da’v[â] idüb bir nesne hukm itdirir ise* me’hûzu olan meblağa işbu hâzır bi’l-meclis arabacı Ahmed ağa ibn-i Mehmed kefil ü zâmin oldum didikde (...)”, GM, nu. 512, v. 14a. “(...) ber-vech-i muharrer kabza tevkil eylediğim müteveffâ-yı mezbûr Kara Mustafa’nın veresesinden kimesne zuhûr idüb meblağ-ı markûm mûrisimiz müteveffâ-yı mezbûr Kara Mustafa’nın mâlidir diyü da’vâ ve meblağ-ı markûmdan küllen ve ba’zan *muhîl ve muhtâl aleyh-i mesfûrândan şer’an bir nesne ahz ider ise* me’hûzuna ben kefil ü zâmin oldum didikde (...)”, GM, nu. 515, v. 19b. “(...) müvekkil-i mezbûr hâccî Zülfikar ağa ba’de-zemân vekâlet ve gâ’ib-i mezbûr Hasan efendi risâletini inkâr birle meblağ-ı mezkûru *mezbûr Osman celebîden taleb ü da’vâ ve ahz u kabz iderler ise* me’hûzlarına ben kefil ü zâmin oldum didikde (...)”, GM, nu. 518, v. 8b.

125 “(...) elli gurusu mesfûr Mercan zimmiye hâlen ve def’aten edâya kudretim yokdur diyü ber-vech-i âtî te’cile tâlib olmağla müdde’iy-ı mesfûr dahi be-her şehir kendüye üç gurus virüb târîh-i ı’lâmdan on altı ay yirmi gün temâmına değin temâmen edâ itmek üzere mesfûr Hanik zimmiyi *te’cil ü taksit eylediğimde* oldahi ber-vech-i muharrer mü’eccelen ve mukassatan edâya te’ahhüd idüb mü’eccel-i mezkûra işbu hâzır bi’l-meclis Agob veled-i Artin kefil ü zâmin olduğu (...)”, GM, nu. 516, v. 50a. “(...) mezbûre Ayşe hatun bedel-i sulh-ı mezkûr altmış beş gurusu hâlen edâya kudreti olmyub te’cile tâlib olmağla bendahi bedel-i meblağ-ı mezkûr altmış beş gurusu *târîh-i ı’lâmdan otuz bir gün temâmında bana edâya mezbûre Ayşe hatunu te’cil itdiğimde* oldahi ba’de’l-kabûl bedel-i meblağ-ı mezkûru müddet-i madrûbe temâmında bana edâya te’ahhüd işbu hâzır bi’l-meclis İbrahim efendi ibn-i Hüseyin dahi müddet-i madrûbe temâmında meblağ-ı mezkûrun edâsına bi’l-emr ve’l-kabûl kefil ü zâmin oldu didiğini (...)”, GM, nu. 517, v. 92b. “(...) müdde’iy-ı mezbûr es-seyyid

daha sonra alacaklıdan borcunun tecil edilmesini ve taksitlendirilmesini talep ettiği, alacaklının bu talepleri kabul ettiği örneklerle de rastlanmaktadır.¹²⁶ Muamele-i şer'iyye yoluyla verilen borçlarda da, kefil olunan asıl borcun vadeye bağlandığı gözlenmektedir.¹²⁷

Fukahaya göre, asıl borçluya birden fazla kişinin kefil olması mümkündür.¹²⁸ Bu durum *Mecelle*'de de kabul edilmiştir (md. 627): "Kefilin teaddüdü caizdir." Yine, bir kefile kefil olmak da mümkün görülmüştür (md. 626). Birlikte kefil olan kişilerden her biri asıl borcun payına düşen kısmından sorumlu olur.¹²⁹ Asıl borca kefil olan kişiye üçüncü bir kişi de kefil olmuşsa, alacaklı borcun tümünü dilediği kefinden talep edebilir.¹³⁰ *Mecelle*'nin 645. maddesindeki hüküm bunu dile getirmektedir: "Kefil bi'l-mal olan kimsenin kefaleti hasebiyle zimmetine lazım gelen meblağa diğer biri kefil olsa dayın alacağını kefillerden hangisinden isterse mutalebe eder." Birden fazla kişi birlikte kefil olmuş ama birbirlerine kefil olmamışlarsa, kendi hissesine düşen payı ödeyen kefinden diğer kefillerin paylarını da ödemesi istenemez.¹³¹ Ayrı ayrı kefil

Ali ibrâdan istisnâ olunan bedel-i sulh-ı mezkûr üç yüz yirmi beş guruşu *târih-i ı'lâmdan otuz bir gün temâmına değin temâmen edâ vü teslîm itmek üzere imhâl ü te'hîr* eyledikde mersûm Melet zimmi dahi ecel-i mezkûr hulûlünde temâmen edâya ba'de'te-te'ahhüd müddet-i mezkûre temâmında meblağ-ı mezkûr üç yüz yirmi beş guruşun edâsına işbu hâzır bi'l-meclis bakkâl Yorgaki veled-i Kosti zimmi dahi bi'l-emr ve'l-kabûl kefil ü zâmin olduğu (...), İM, nu. 64, v. 10b. Yine bkz. GM, nu. 512, v. 6b. Kira bedeline kefalet için bkz. İM, nu. 59, v. 55b.

126 "(...) oğlum medyûn-ı mersûmun zimmetinde müvekkil-i mezbûr Ahmed kapudana ber-vech-i muharrer cihet-i deyn-i şer'iden mahkûm bih deyni olan beşyüz guruşa tarefeynden bi'l-emr ve'l-kabûl ben kefil ü zâmin olub lâkin asıl ü kefinden her birimizin meblağ-ı markûmu hâlen ve def'at[en] edâya iktidârımız olmadığına binâ'[en] (...) on sekiz ay temâmına değin iki taksit ile edâ vü ifâsını itmek üzere dâyinim müvekkil-i mezbûr Ahmed kapudan rızâsıyla beni *te'cil* (...) *itdirmeğle* bendahi ber-vech-i meşrûh mü'eccelen ve mukassatan bi-hukmi'l-kefâle edâ vü ifâ-ı deyne te'ahhüd eyledim diyü mukır kefil-i mesfûrun takrîr-i meşrûhu vekîl-i mezbûr Hüseyin çavuş ile medyûn-ı asıl-i mersûmdan her biri bi'l-asâle ve bi'l-vekâle tasdik eyledikleri (...)", GM, nu. 516, v. 25a. Yine bkz. GM, nu. 516, v. 34a; GM, nu. 523, v. 9b; İM, nu. 62, v. 44a; İM, nu. 63, v. 60a.

127 Bkz. GM, nu. 512, v. 22b, v. 32b, v. 47a; GM, nu. 514, v. 35b, v. 48b, v. 69a; GM, nu. 517, v. 15b, v. 36a, v. 41a, v. 52b, v. 53a, v. 59b, v. 77a, v. 81b; GM, nu. 519, v. 7b, v. 65a, v. 70a; GM, nu. 521, v. 45a.

128 İbn Nüceym, s. 225.

129 İbn Nüceym, s. 224. Kefillerden biri ölürse, diğer kefil ölenin terekesine başvurabilir, bkz. Yenişehirli Abdullah Efendi, s. 322.

130 Çatalcalı Ali Efendi, s. 356.

131 Çatalcalı Ali Efendi, s. 357.

olmuşlarsa o zaman kefillerden her biri borcun tamamından sorumlu olur (*Mecelle* md. 647).

İncelenen mahkeme kayıtlarında, daha ziyade tek kefil yer almakla birlikte, birden fazla kişinin kefil olduğu durumlara da rastlanmaktadır. Bu özellikteki kayıtların birçoğunda kefiller ayrı ayrı kefil olduklarını belirtmişlerdir.¹³² Bazı kayıtlarda ise kefiller birlikte kefil olduklarını zikretmişlerdir.¹³³ Kefillerin müteakiben kefil olduklarını gösteren kayıtlar da mevcuttur.¹³⁴ Yine, kefillerin birlikte kefil olduklarını belirtmek amacıyla kullandıkları “cümlemiz kefil olduk” şeklindeki beyanlara rastlanmaktadır.¹³⁵

Fukahaya göre, aynı borcun iki borçlusunun her biri diğerine kefil olmuşken aralarından biri alacaklıya bir ödeme yaparsa, borcun kendi payına düşen kısmın fazlasını diğer borçludan talep edebilir; çünkü ödeme yapan kişi borcun yarısında asıl borçludur, diğer yarısında kefildir.¹³⁶ Bu kişinin asaleten hakkı olan şeyle kefaleten hakkı olan şey arasında bir çekişme de bulunmamaktadır; çünkü ilk hakkı borç, ikincisi mutalebedir.¹³⁷

Birden fazla kefilin bulunduğu mahkeme kayıtlarının önemli bir kısmında asıl borçluların birbirlerine kefil oldukları görülmektedir. Bunlardan

132 “(...) yağ kapanında sâkinler tüccârdan es-seyyid Ahmed ağa ibn-i Veliyyüddin ve mollâ Ahmed bin İbrahim nâm kimesneler meclis-i şer’de ıkrâr ve takrîr-i kelâm idüb sagîrân-ı mezbûrânın mâlleri olub vasıy-ı mezbûrenin vekîli mezbûr el-hâc Abdullah beşeye mezbûr Kırımı es-seyyid Mehmed ağanın deyni olan cem’an tokuz yüz on tokuz guruş yirmi iki akçenin edâsına biz bi’l-emr ve’l-kabûl *başka başka* kefâlet-i sahîha-ı şer’iyye ile kefil ü zâmin olduk didiklerinde (...)”, GM, nu. 517, v. 41a. Yine bkz. GM, nu. 511, v. 42a; GM, nu. 517, v. 77a; GM, nu. 519, v. 7b, v. 65a, v. 68b; İM, nu. 64, v. 5a.

133 “(...) mukassat olan senevî üç yüz guruşun edâsına es-seyyid el-hâc Mehmed Emin ibn-i es-seyyid el-hâc Ahmed ve karındaşı mollâ İsmail bin mollâ Ali nâm kimesneler *me’an* kefil ü zâmin oldukları (...)”, İM, nu. 63, v. 60a. Yine bkz. GM, nu. 516, v. 19b; İM, nu. 62, v. 57b; İM, nu. 64, v. 90a.

134 “(...) mezbûr İsmail’in sagîr-i mezbûr Hüseyin’e zimmetinde vâcibü’l-edâ deyni olan meblağ-ı mecmû’-ı mezkûr iki yüz otuz guruşu edâya bi’l-emr ve’l-kabûl her birimiz *müteâkiben* kefil bi’l-mâl ve zâmin olduk didiklerinde (...)”, GM, nu. 512, v. 6b. Yine bkz. GM, nu. 512, v. 22b; GM, nu. 514, v. 48b; İM, nu. 62, v. 84a, v. 86b.

135 “(...) zikr olunan nızâm ustaları dahi asnâflarının aldıkları mumların akçelerini vakt u zemâniyle mumcu asnâfına edâ olunmasına *cümlemiz* kefil ü zâmin olduk didiklerine (...)”, İM, nu. 64, v. 76b. Yine bkz. GM, nu. 517, v. 59b.

136 Mavsîlî, s. 66; Margînânî, s. 1060; Zeyla’î, s. 167; Molla Husrev, s. 378; İbn Nüceym, s. 262. Kefillerden biri vefat ettikten sonra asıl borcun tamamını alacaklıya ödeyen kefil, diğer kefilin terekesinden payını alabilir, bkz. Çatalcalı Ali Efendi, s. 357.

137 Margînânî, s. 1060; Zeyla’î, s. 167; İbn Nüceym, s. 262.

birinde, alacaklının talepte bulunduğu iki kefil, diğer kefillerin de ödeme yapması gerektiğini ileri sürerek ödemedi kaçınmaktadır.¹³⁸ Bazı kayıtlarda ise alacaklının talepte bulunduğu bir kefilin borcun tamamını ödemesi gerektiği mahkeme tarafından ilam olunmaktadır.¹³⁹

Bir mahkeme kaydında iki kişi asıl borçlunun borcuna müteakiben kefil olduktan sonra borcun tamamı hakkında birbirlerine de kefil olmaktadır.¹⁴⁰ Kefaletini ikrar eden kefil, alacaklının kendisinden talepte bulunmasını müteakip borcun tamamını ödedikten sonra, yaptığı ödemenin yarısını diğer kefiliden talep etmiştir.

138 “(...) dülbendci asnâfından el-hâc Hüseyin bin Yusuf ve el-hâc Mehmed ibn-i İbrahim nâm kimesneler mahzarlarında mezbûrân ile gâ’ibûn ani’l-meclis el-hâc Hasan bin Mehmed ve mollâ Mustafa bin el-hâc Hüseyin ve müteveffâ Hüseyin efendi nâm beş nefer kimesneler zimmetlerinde işbu bir kıt’a deyn temessükü mantûkunca mukaddemen yedimden ve mâlimden iştirâ vü kabz eyledikleri tob ve zirâ’ı beynimizde ma’lûm dülbend semeninden üç bin altı yüz yetmiş iki guruşdan bâkî beş yüz seksen yedi guruş hakkım olub *mezbûrundan her biri âharın zimmetine lâzım gelen meblağa* bi’l-emr ve’l-kabûl kefâlet-i sahiha ile kefil ü zâmin olmalarıyla (...)”, İM, nu. 59, v. 54b.

139 “(...) bundan akdem mesfûr Musa ve şerikleri gâ’ibân ani’l-meclis İsak? veled-i Nesim ve Refail? veled-i İbrahim? nâm yehûdiler müvekkilim markûm Beratis? tâcir yedinden ve mâlimden iştirâ vü kabz eyledikleri tob ve zirâ’ı beynlerinde ma’lûm Frenk şalıısı? semeninden bâ-temessük zimmetlerinde deynleri olan bin altı yüz guruşdan her biri âharın zimmetine lâzım gelen meblağa terefeynden bi’l-emr ve’l-kabûl kefâlet-i sahiha ile kefil ü zâmin olmalarıyla *meblağ-ı mezbûr bin altı yüz guruşu* mesfûr Musa yehûdiden asâlet ve kefâletine binâ’en taleb iderim (...) *meblağ-ı mezkûr bin altı yüz guruşun asâleten ve kefâleten edâsıyla mesfûr Musa yehûdî ilzâm olunduğu* (...)”, İM, nu. 61, v. 24a. Benzer bir örnek için bkz. GM, nu. 516, v. 10a: “(...) mezbûr Mehmed beşe ile şeriki gâ’ib ani’l-meclis zevcim Mustafa beşe ibn-i Mehmed nâm [kimesneler] bundan [akdem] yedimden istikrâz u kabz eyledikleri üç yüz guruş ve her biri âharın zimmetine lâzım gelen meblağa bi’l-emr ve’l-kabûl kefil ü zâmin olmalarıyla *meblağ-ı markûm üç yüz guruşu* markûm Mehmed beşeden asâlet ü kefâletine binâ’[en] taleb iderim (...)”. Asıl borçluların aynı zamanda birbirlerine kefil olduğu başka kayıtlar için bkz. GM, nu. 516, v. 33b, v. 43b; GM, nu. 517, v. 18a; GM, nu. 521, v. 93a; İM, nu. 62, v. 5a; İM, nu. 64, v. 73b.

140 “(...) gâ’ib ani’l-meclis müderrisin-i kirâmdan Osman efendi ibn-i Mehmed nâm kimesneye cihet-i karzdan deyni olan bin yüz elli guruşa benimle mezbûr Ahmed ağa bi’l-emr ve’l-kabûl *müte’akiben* kefil ü zâmin ve *her birimiz âharın zimmetine lâzım gelen meblağa* dahi kezâlik bi’l-emr ve’l-kabûl kefil ü zâmin olduğumuzdan sonra (...) dâyin-i mûmâ ileyh *meblağ-ı mezkûr bin yüz elli guruşu* hukm-ı hâkimü’ş-şer‘ ile benden kefâletine binâ’[en] bi’t-temâm ahz u kabz itmeğle bendahi *meblağ-ı mezkûrun nısfı olan* beş yüz yetmiş beş guruşu bi’l-mürâce’a mezbûr Ahmed ağadan taleb ü da’vâya tasaddî birle (...)”, GM, nu. 511, v. 20b.

Başka bir kayıtta, alacaklı bir borca ayrı ayrı kefil olan kişilerden birine başvurduğunda kefil sadece kendi hissesine düşen kısmı ödemek isterken, mahkeme onun tüm borcu ödemesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁴¹

İncelenen kayıtlarda kefillerin hep bir para borcuna veya bir satım bedeline kefil olduğu görülmektedir. Bir malın teslimine kefil olunmasına dair bir kayda rastlanmamıştır; ancak bir kayıtta alacaklının satım bedeline kefil olan kişiden satılan şeyin kendisini yahut bedelini talep ettiği görülmektedir.¹⁴²

Alacaklının asıl borçlu üzerinde ne hakkı doğarsa kefil olduğunu söyleyen kişiye, alacaklı bir meblağı ispat eden delil (*beyyine*) getirirse, fukahaya göre kefil bu meblağ ile sorumludur. Alacaklının delili yoksa, asıl borcun miktarı veya niteliği hakkında kefilin sözü geçerlidir.¹⁴³ Kefil, itiraf ettiği miktar veya nitelik için yemin eder.¹⁴⁴ Asıl borçlunun kefil aleyhine olan sözü mahkeme tarafından dikkate alınmaz.¹⁴⁵

Mahkeme kayıtlarında kefillerin asıl borçluya “alacaklı lehine ne hakkın doğarsa kefilim” dediklerine rastlanmamıştır. Fakat kefilin kefaletini inkar etmesinden sonra alacaklıdan delil getirmesi istenmekte, bazı durumlarda alacaklı delil getirememektedir. Bu durumda kefalet sözleşmesinin mevcut olmadığına yemin eden kefil, alacaklının talebinden kurtulmaktadır.¹⁴⁶ Bazı

141 “(...) nâm zimmîlerden her biri başka başka kefil ü zâmin olmalarıyla meblağ-ı mezbûr beş yüz yetmiş beş guruş kefalet-i mahkiyesine binâ'en mesfûr Apostol zimmîden hâlâ taleb iderim diyü da'vâ itdikde mesfûr Apostol zimmî meblağ-ı mezbûra ber-vech-i muharrer kefil olduğunu ıkrâr u t'tirâf idüb lâkin meblağ-ı mezbûrdan hissama isâbet iden yüz on beş guruşu edâ iderim didikde meblağ-ı mezbûra vech-i meşrûh üzere müte'âkıben kefil olduğunu mu'terif iken hissama isâbet ideni edâ ideyim dimesi meşrû' olmamağla kelâmına iltifât olunmıyub ıkrârı mücebince meblağ-ı mezbûr beş yüz yetmiş beş guruşu müdde'iy-ı mesfûr Yorgi zimmîye bi-hukmî'l-kefâle edâ vü teslîme mesfûr Apostol zimmî tenbîh olunduğu (...)”, İM, nu. 64, v. 5a.

142 “(...) mebi'-i mezkûra mezbûr Ahmed efendi kefil ü zâmin olmağla mebi'-i mezkûrun aynı mevcûde ise aynlarını helâk oldu ise ba'de's-sübût zamânen kîmet-i şer'ıyyelerini bi-hukmî'l-kefâle markûm Ahmed efendiden talep ederim (...)”, GM, nu. 516, v. 10a.

143 Mavsılî, s. 65; Margînânî, s. 1051; Zeyla'î, s. 154; İbn Nüceym, s. 237 ve 242. Kefil asıl borçluya “borcun var ise kefilim” dedikten sonra asıl borç sabit olmazsa alacaklının kefilinden talepte bulunamayacağına dair bkz. Şeyhülislam Feyzullah Efendi, s. 226.

144 Margînânî, s. 1051; Zeyla'î, s. 154; İbn Nüceym, s. 237 ve 242.

145 Mavsılî, s. 65; Margînânî, s. 1051; Zeyla'î, s. 154; İbn Nüceym, s. 242.

146 “(...) meblağ-ı mezkûra kefaletini ba'de'l-inkâr müdde'iy-ı mezbûr Mustafa beşe ber-vech-i muharrer müdde'âsını isbâta kâdir olmıyub bi't-taleb markûm Mehmed beşe ba'de't-tahlîfî şer'î mücebince müdde'iy-ı markûm da'vâ-yı mezkûresiyle bi-lâ beyyine mü'ârazadan men' olunduğu (...)”, GM, nu. 516, v. 15a. Yine bkz. GM, nu. 516, v. 2a, v. 4b, v. 10a, v. 18a, v. 33b.

kayıtlarda ise delil getiremeyen alacaklının kefilden yemin dahi istemediği görülmektedir.¹⁴⁷

B. Alacaklının Hakları

Fukahaya göre, geçerli bir mala kefalet sözleşmesinde alacaklı isterse kefilden, isterse asıl borçludan talepte bulunabilir.¹⁴⁸ Zira kefalet sözleşmesinin kurulmasıyla asıl borçlunun ve kefilin zimmetleri mutalebe konusunda birbirine eklenmiştir.¹⁴⁹ Alacaklı bu talebini asıl borçlu ve kefilin her ikisine aynı anda veya farklı zamanlarda ayrı ayrı yöneltebilir.¹⁵⁰ *Mecelle*'de de bu yönde bir hüküm yer almaktadır (md. 644): "(...) birinden mutalebesi diğerinden mutalebe hakkını ıskat etmeyip birinden mutalebe ettikten sonra diğerinden, yahut maan ikisinden dahi mutalebe edebilir."

Bir mahkeme kaydında, borcun tamamını kefilden talep eden alacaklının, borcun belli bir kısmını ödediğini iddia eden kefilin tasdik ettiği zikredilmiş, kalan borcun alacaklıya ödenmesi kararlaştırılmıştır.¹⁵¹

147 "(...) meblağ-ı mezkûr yüz guruşu kefaletine binâ'en mütevellî-i mezbûrdan taleb iderim diyü da'vâ eyledikde mütevellî-i mezbûr dahi menzil-i mezkûru müteveffâ-yı mezbûr mahlûlünden âhara icârını ıkrâr lâkin müdde'îye-i mezbûrenin müdde'âsını inkâr itdikde müdde'îye-i markûme ber-vech-i muharrer müdde'âsını isbât için bi'd-defe'ât ba'de'l-istihâl ve'l-imhâl müddet-i mehl-i şer'î temâmında *isbâta kâdire olmıyub tahlife dahi tâlibe olmamağla* (...)", İM, nu. 64, v. 57a. Yine bkz. GM, nu. 516, v. 15b, v. 38b; GM, nu. 523, v. 15a; İM, nu. 62, v. 5a.

148 Mavsılî, s. 62; Margînânî, s. 1050; Zeyla'î, s. 153; İbn Nüceym, s. 238; İbn Âbidîn, s. 284; *Mecelle* md. 644: "Talib mutalebede muhayyerdur; alacağını dilerse kefilden ve dilerse asilden mutalebe eder."

149 Margînânî, s. 1050; Zeyla'î, s. 153; Molla Husrev, s. 373.

150 İki kişinin gasp ettiği malın tazmin edilmesinde ise durum tam aksidir. Mal sahibi gasp edenlerden birini tazmine mahkum ettirince malın mülkiyetinin devri gerçekleşir, mal sahibi diğer gasp eden kişiden artık talepte bulunamaz. Kefalette ise mülkiyetin asıl borçludan kefile nakledilmesi söz konusu olmadığından alacaklının her iki kefile de başvurması mümkündür. Bkz. Mavsılî, s. 62-63; Margînânî, s. 1050; Zeyla'î, s. 153; İbn Nüceym, s. 239.

151 "(...) mezbûr hammâl es-seyyid Ahmed cevâbında ber-minvâl-i muharrer ıkrâr lâkin meblağ-ı mezkûr için bi-lâ devr-i şer'î mürâbaha nâmıyla üç def'ada üç yüz yetmiş beş guruşu veliyy-i mezbûr es-seyyid Ahmed'e *edâ itmişidim* diyü mîkdâr-ı mezkûrda eylediği def'ini veliyy-i mezbûr es-seyyid Ahmed *ıkrâr u ı'tirâf itmeğîn* mücebiyle meblağ-ı mezkûrdan bâkî dört yüz bir guruşu müdde'îy veliyy-i mezbûr bostânî es-seyyid Ahmed'e edâ vü teslîme mezbûr hammâl es-seyyid Ahmed'e tenbîh olunduğu (...)", GM, nu. 521, v. 93a.

Fukaha, sözleşmede şart olarak koşulması dışında alacaklının mutalebesi için bir süre sınırı öngörmemektedir. Bir kayıtta, kefalet sözleşmesinin üzerinden bir süre geçmesiyle alacaklının vekilinin artık kefilden talepte bulunamayacağı belirtilmektedir.¹⁵² Bu kayıtta alacaklı, kefillerle aynı yerde oturmasına rağmen alacağını talep etmeyince, alacaklının vekili kefillere başvurmuştur. Mahkeme, on beş sene boyunca takip edilmeyen davanın, kanunun öngördüğü ıskati zamanaşımı nedeniyle vekil tarafından ileri sürüldüğünde dinlenmeyeceğine karar vermiştir.

C. Asıl Borçlu ile Kefil Arasındaki İlişki Bakımından Hükümler

Mala kefalet sözleşmesinin tarafı olmamasına rağmen, kefilin irade beyanının üzerinde sonuç doğurduğu bir kişi olarak asıl borçlu ile kefil arasında bir hukuki ilişki mevcuttur. Asıl borçlu–kefil ilişkisi bakımından kefalet sözleşmesinin en önemli hukuki sonucu kefilin asıl borçluya rücu edebilmesidir. Bunun dışında fukaha, kefile asıl borçluyu takip ettirebilme hakkını da tanımıştır.

Fukahaya göre, asıl borçlunun emriyle kefil olan kişi alacaklının talebiyle ve takibiyle karşılaştığında asıl borçluya başvurarak borcu alacaklıya ödemesini isteyebilir ve asıl borçluyu takip ettirebilir.¹⁵³ Alacaklı kefilin hapsedilmesini isterse, kefil de asıl borçlunun hapsini mahkemeden talep edebilir; zira kefil, alacaklı tarafından kendisine ne işlem yapılıyorsa aynıını asıl borçluya yaptırma hakkına sahiptir.¹⁵⁴ Bu haklar asıl borçlunun isteği üzerine kefil olan kişiye aittir, aksi takdirde kefilin bu tür hakları yoktur. Asıl borçlunun hapsedilmesini isteme hakkı alacaklıya da aittir. Hatta alacaklı kefilin hapsedilebilmesi için borcun muaccel hale gelmiş olması gerekir.¹⁵⁵

152 “(...) müvekkilim mezbûr hâfız Mustafa müddet-i markûmeden berü kefil-i mesfûrlar ile bir belde me'an sâkinler olub *da'vâ mümkün iken da'vâ itmîyüb bi-lâ uzr-ı şer'î sükût ve terk-i da'vâ itmîşidi* el-hâletü hâzih meblağ-ı bâkî-i mezkûrdan mersûmânın hissalarına ısbet eden yüz yedi bucuk gurusu kefâletlerine binâ [en] bi'l-vekâle taleb iderim diyü da'vâ itdikde (...) markûmân dahi cevâblarında külliyyen inkâr itmeleriyle müdde'ye vekil-i mezbûrenin takrîr-i meşrûhu üzere *on beş sene bi-mâ gadr sükût u terk olunan da'vânın bi-lâ emr-i âlî istimâ'ı memnûâtından olmağın* mücebiyle müdde'ye vekil-i mezbûre Emine da'vâ-yı mezkûresiyle mesfûrâna bi-lâ emr-i âlî-şân mü'ârazadan men' olunduğu (...), GM, nu. 516, v. 19b.

153 Mavsılî, s. 63; Margînânî, s. 1052; Zeyla'î, s. 156; Molla Husrev, s. 375; İbn Nüceym, s. 244.

154 Mavsılî, s. 63; Margînânî, s. 1052; Zeyla'î, s. 156; İbn Nüceym, s. 245.

155 İbn Nüceym, s. 245.

İncelenen mahkeme kayıtlarında asıl borçlunun veya kefilin hapsedilmesi talebiyle karşılaşılmamış, ancak bir kayıta borcundan dolayı mahpus olan asıl borçlunun hapisten salıverilmesi için borcuna kefil olduğuna dair bir hükme rastlanmıştır.¹⁵⁶

Fukaha, mala kefalet sözleşmesinin asıl borçlunun istemesiyle (*emr*) veya onun emri olmaksızın kurulabildiğini kabul etmişlerdir.¹⁵⁷ Bunun en önemli sonucu, asıl borçlunun emriyle kefil olan kişinin, alacaklıya yaptığı ödemeyi ondan isteyebilmesidir (*rücu*).¹⁵⁸ Bu hakkın dayanağı, ödeme yapan kefilin, asıl borcun alacaklısının yerine geçmesidir.¹⁵⁹ Alacaklıya henüz ödeme yapmamış olan kefilin bu nedenle borcu asıl borçludan isteme hakkı yoktur.¹⁶⁰

Konu edilen mahkeme kayıtlarında kefil kefaletini ikrar ederken “bi’l-emr” kefil olduğunu pek çok durumda zikretmektedir.¹⁶¹ Fakat asıl borçlunun emri bulunmayan mala kefalet sözleşmelerine de rastlanmaktadır.¹⁶²

156 “(...) oğlum medyûn-ı mersûmun zimmetinde müvekkil-i mezbûr Ahmed kapudana ber-vech-i muharrer cihet-i deyn-i şer’iden mahkûm bih deyni olan beşyüz guruşa tarefeynden bi’l-emr ve’l-kabûl ben kefil ü zâmin olub (...) olvecihle on sekiz ay temâmına değin iki taksit ile edâ vü ifâsını itmek üzere dâyinim müvekkil-i mezbûr Ahmed kapudan rızâsıyla beni te’cîl ve oğlum medyûn-ı asıl-i mersûmu habsdan itlâk ve sebîlini tahliye itdirmegle bendahi ber-vech-i meşrûh mü’eccelen ve mukassatan bi-hukmi’l-kefâle edâ vü ifâ-ı deyne te’ahhüd eyledim diyü (...)”, GM, nu. 516, v. 25a. Yine mahpus olan bir asıl borçluya kefil olunması hakkında bkz. İM, nu. 63, v. 60a.

157 Mavsîlî, s. 63; Margînânî, s. 1051.

158 Mavsîlî, s. 63; Margînânî, s. 1051; Zeyla’î, s. 155; İbn Nüceym, s. 243. Dördüncü bir kişinin verdiği parayı alacaklıya ödeme yapan kefilin de asıl borçluya rücu etme hakkı olduğuna dair bkz. Şeyhülislam Feyzullah Efendi, s. 230. Daha önce alacaklı karşısında yalan yere borcu ikrar ettiğini ileri süren asıl borçluya, alacaklıya ödeme yapmış olan kefilin rücu hakkı bulunduğu hakkında bkz. Çatalcalı Ali Efendi, s. 358.

159 Margînânî, s. 1051; Zeyla’î, s. 155.

160 Margînânî, s. 1052; Zeyla’î, s. 155; İbn Nüceym, s. 244; İbn Âbidîn, s. 314; Şeyhülislam Feyzullah Efendi, s. 230. Borcu alacaklıya ödemededen önce asıl borçluyu borçtan ibra eden kefilin artık asıl borçluya rücu etme hakkının bulunmadığına dair bkz. Dürriyade Mehmed Arif Efendi, s. 276.

161 “(...) mezbûre Şerife Ümmügülsüm hatunun sagîr-i mezbûrun mâlinden vasiy-ı mezbûr İsmail celebîye deyni olan dört yüz altı gurusu otuz iki pârenin edâsına bendahi *bi’l-emr ve’l-kabûl* kefil ü zâmin oldum didikde (...)”, GM, nu. 517, v. 52b. Yine bkz. GM, nu. 511, v. 42a; GM, nu. 512, v. 22b; GM, nu. 513, v. 104b; GM, nu. 514, v. 35b; GM, nu. 515, v. 70b; GM, nu. 516, v. 4b; GM, nu. 517, v. 36a; GM, nu. 519, v. 7b; GM, nu. 521, v. 32a; GM, nu. 523, v. 5a; İM, nu. 59, v. 54b; İM, nu. 61, v. 24a; İM, nu. 62, v. 57a; İM, nu. 63, v. 32a; İM, nu. 64, v. 10b.

162 Mesela bkz. GM, nu. 511, v. 52b; GM, nu. 512, v. 14a; GM, nu. 515, v. 19b; GM, nu. 516, v. 2a; GM, nu. 517, v. 52b; GM, nu. 518, v. 8b; GM, nu. 521, v. 93a; GM, nu. 523, v. 7b; İM, nu. 59, v. 79b; İM,

Kimin emriyle kefil olunduğu kayıtlarda çoğu zaman açıkça belirtilmemekle beraber, fukahanın *emr* tabirini asıl borçlunun üçüncü bir kişiden kefil olmasını istemesi anlamında kullanmaları, emrin sahibinin asıl borçlu olduğunu düşündürmektedir. Bazı kayıtlarda asıl borçlunun emriyle kefil olunduğunun açıkça zikredilmesi ise, bu çıkarımı doğrulamaktadır.¹⁶³

Kefilin alacaklıya ödeme yapmasından sonra asıl borçluya başvurusu mahkeme kayıtlarına çok az yansımıştır, dolayısıyla pek çok durumda bir geçişmeye konu olmadığı söylenebilir. Başvurunun söz konusu olduğu durumlarda ise bir kayıtta kefilin “rücu” tabirini kullandığı görülmektedir.¹⁶⁴ Bazı kayıtlarda kefilin asıl borçluya rücuu, “müracaat” olarak zikredilmektedir.¹⁶⁵

Fukahaya göre eğer asıl borçlu, alacaklıya henüz ödeme yapmamış olan kefile borç konusunu teslim ederse, asıl borçlunun kefinden borç konusu malı artık geri alma hakkı bulunmamaktadır.¹⁶⁶

Bir mahkeme kaydında kefillere para teslim ettiğini delillendiremeyen asıl borçlunun bu meblağı geri alamadığı görülmektedir.¹⁶⁷

nu. 62, v. 43a; İM, nu. 63, v. 60a; İM, nu. 64, v. 5a; İM, nu. 66, v. 8a. Asıl borçlunun emrinin zikredilmediği kayıtların bir kısmı şarta bağlı kefalet sözleşmelerinden oluşmaktadır.

163 “(...) bundan akdem vefât iden eş-şeyh es-seyyid el-hâc Mustafa efendi bin Mehmed zimmetinde zahâyir-i mütenevvi’a-ı ma’lûme semenlerinden alacak hakkım olan elli altı guruş yirmi altı pâreye müteveffâ-yı mezbûrun vasiy-ı mansûbesi gâ’ibet ani’l-meclis Şerife Hadice bint-i Osman nâm hatunun *emriyle* mezbûr Mahmud efendi kefil ü zâmin olmağla (...)”, GM, nu. 523, v. 2b. Yine bkz. İM, nu. 62, v. 57a: “(...) hâzır bi’l-meclis kassâb es-seyyid mollâ İbrahim nâm kimesneye lahm behâsından deynim olan elli bir bin akçenin edâsına mesfûr Nikola zimmî ile gâ’ib ani’l-beled İstopo? veled-i Petro zimmîler bundan akdem *benim emrimle* me’an kefil ü zâmin olduklarında (...)”

164 “(...) mezbûr Mehmed beşenin zikr olunan Kalas kasabesinde Petrovic veled-i Yani zimmiden iştirâ ve kabz eylediği süreklî ta’bîr olunur sığır semeninden altı yüz yirmi dokuz guruş deynine bi’l-emr ve’l-kabûl karındaşım müvekkil-i mezbûr İbrahim kefil ü zâmin olub ve meblağ-ı mezkûru kefâlet-i mahkiyesine binâ’en mesfûr Petrovic zimmîye edâ vü teslim itmeğle mârrû’z-zikr altı yüz yirmi dokuz guruşu mezbûr Mehmed beşeye bi’l-vekâle *rücu’ mürâd iderim* diyü da’vâ itdikde (...)”, İM, nu. 63, v. 71a.

165 “(...) mezbûr Ali beşenin gâ’ib ani’l-meclis sefâyin-i sultâniyye kapudanlarından Halil kapudan bin Abdullah nâm kimesneye cihet-i karzdan zimmetinde deyni olan yirmi üç guruşa bi’l-emr ve’l-kabûl ben kefil ü zâmin olduğumdansonra mezbûr Halil kapudan meblağ-ı mezkûru bi-hukmî’l-kefâle benden ahz u kabz itmeğle bendahi meblağ-ı mezkûru *bi’l-mürâce’a* mezbûr Ali beşeden taleb iderim diyü tasaddi eylediği da’vâsından (...)”, GM, nu. 523, v. 7b. Yine bkz. GM, nu. 523, v. 26b.

166 Margînânî, s. 1055; Zeyla’î, s. 161-162; Molla Husrev, s. 376; İbn Âbidîn, s. 323.

167 “(...) hâzır bi’l-meclis kassâb es-seyyid mollâ İbrahim nâm kimesneye lahm behâsından deynim olan elli bir bin akçenin edâsına mesfûr Nikola zimmî ile gâ’ib ani’l-beled İstopo?

Fukahaya göre asıl borçlunun alacaklıya ödeme yaptığından habersiz olan kefil, alacaklıya bir ödeme yaparsa bunu alacaklıdan geri alma hakkına sahiptir.¹⁶⁸ Asıl borçlunun emriyle kefil olan kişi asıl borçlunun haberi olmadan alacaklıya ödeme yaptıktan sonra asıl borçlu alacaklıya borcunu öderse, kefilin yine de asıl borçluya rücu etme hakkı vardır.¹⁶⁹ Asıl borçlunun emri olmadan kefil olan kişi ise alacaklıya yaptığı ödemeyi asıl borçludan isteyemez, zira bu durumda teberruda bulunmuştur.¹⁷⁰

Kefil borcu ödemediği önce asıl borçludan borç konusu malı alıp maldan bir kazanç elde ederse bu kazanca sahip olur.¹⁷¹ Çünkü malı almakla malın sahibi haline gelmiştir.¹⁷² İncelenen kayıtlarda kefilin maldan kazanç elde etmesine dair bir ihtilafa rastlanmamıştır.

Kefil alacaklıya neyi ödemişse, asıl borçludan bu ödeme miktarını isteyecektir.¹⁷³ Rücunun söz konusu olduğu bazı mahkeme kayıtlarında alacaklıya borcun tamamını ödeyen kefilin asıl borçludan bu miktarı istediği görülmektedir.¹⁷⁴ Başka bir kayıтта ise borcun tamamını alacaklıya ödeyen kefilin asıl borçludan borcun bir kısmını tahsil ettikten sonra kalan miktarı da istediği belirtilmektedir.¹⁷⁵

veled-i Petro zimmiler bundan akdem benim emrimle me'an kefil ü zâmin olduklarında ben dahi mesfûrları te'mîn için yedimde mâlim olan beş yüz guruşun iki yüz elli guruşunu mesfûr Nikola zimmiye ve iki yüz elli guruşunu gâ'ib-i mesfûr İstopo? zimmiye idâ' u teslim eylediğimde anlar dahi ahz u kabz ve ümûrlarına sarfla istihlâk etmeleriyle *mesfûr Nikola zimmiye medfû'um olan iki yüz elli guruşu tazmîn taleb iderim* diyü ba'de'd-da'vâ ve'l-inkâr müdde'iy-ı mesfûr Panayot? zimmi ber-vech-i muharrer eylediği idâ' da'vâsını isbâtıdan ızhâr-ı acz ile istihlâf itdikde mücebiyle müdde'iy-ı mesfûr Panayot zimmi husûs-ı mezkûr için bi-lâ beyyine-i âdile bi-vech mü'ârazadan men' olunduğu (...), İM, nu. 62, v. 57b.

168 Dürriyade Mehmed Arif Efendi, s. 284.

169 Çatalcalı Ali Efendi, s. 357.

170 Mavsılı, s. 63; Margînânî, s. 1051; Zeyla'î, s. 155; İbn Âbidîn, s. 315; İbn Nüceym, s. 244; Çatalcalı Ali Efendi, s. 357.

171 Margînânî, s. 1055; Zeyla'î, s. 162; İbn Nüceym, s. 255.

172 Margînânî, s. 1055; İbn Nüceym, s. 255.

173 Margînânî, s. 1051; *Mecelle* md. 656. Asıl borç ile alacaklıya yapılan ödeme arasında miktar veya nitelik bakımından farklılık oluşması durumunda, kefilin asıl borçludan neyi talep edebileceği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Zeyla'î, s. 155.

174 “(...) yirmi üç guruşa bi'l-emr ve'l-kabûl ben kefil ü zâmin olduğumdansonra mezbûr Halil kapudan *meblağ-ı mezkûru* bi-hukmi'l-kefâle benden ahz u kabz itmeğle bendahi *meblağ-ı mezkûru* bi'l-mürâce'a mezbûr Ali beşeden taleb iderim (...)”, GM, nu. 523, v. 7b. Yine bkz. İM, nu. 63, v. 71a.

175 “(...) on yedi guruşa ben bi'l-emr ve'l-kabûl kefil ü zâmin olmuşidim binâ'en aleyh *meblağ-ı mezkûru* mezbûr Mehmed Emin'e mâlimden edâ vü teslim eylediğimdensonra markûm

Bir kayıtta alacaklıya ödeme yapan kefilin, firar eden asıl borçlu yerine asıl borçlunun ortağına rücu etmek istemesi mahkeme tarafından kabul edilmemiştir.¹⁷⁶

IV. Mala Kefalet Sözleşmesinin Sona Erme Şekilleri

Fıkıhta kefalet sözleşmesi değişik şekillerde sona erebilir: a) asıl borcun ödenmesi, b) alacaklının kefil veya asıl borçluyu ibra etmesi, c) alacaklı ile sulh olunması, d) kefilin alacaklıyı havale etmesi, e) alacaklının alacağı kefile hibe etmesi, f) kefalet süresinin dolması, g) kefaletten ihraç durumu, h) asıl borcun sona ermesi, i) asıl borçlu ve alacaklı sıfatlarının birleşmesi. Bu sona erme şekillerinden önemli bir kısmıyla ilgili uyuşmazlıklara mahkeme kayıtlarında rastlanmıştır.

A. Asıl Borcun Ödenmesi

Fukahaya göre asıl borçlunun borcunu ödemesi (*edâ'*) ile kefilin alacaklıya karşı sorumluluğu sona ermektedir.¹⁷⁷ Zira artık mevcut olmayan bir

Mesko yedinden meblağ-ı mezkûrun beş gurusunu ahz *bâki kalan on iki gurusu* markûm Mesko'dan bi'l-mürâce'a taleb iderim (...)", GM, nu. 523, v. 26b.

¹⁷⁶ "(...) mesfûr diğer Manol zimmi firâr u gaybet itmeğle mesfûr Yani zimmi zimmetinde cihet-i kefâleden alacağım vardır diyü enfiyye emini ağa tarefinden istikâ ve ol tarefdan dükkânım temhîr ve bana gadr olunmağla sü'âl olunub mesfûr Yani zimminin bana eylediği gadrın men' ü def' olunması mürâdımdır didikde mesfûr enfiyyeci Yani firâr iden mesfûr diğer Manol zimminin sarrâf tâ'ifesinden [---] nâm zimminin istidâne ve kabz eylediği dokuz yüz elli guruşun edâsına ben bi'l-emr ve'l-kabûl kefil olduğumdan sonra diğer Manol zimmi firâr itdikde sarrâf-ı mesfûr meblağ-ı mezbûru kefâletime binâ'en benden ahz u kabz itmeğle ben dahi dükkân-ı mezkûru emîn-i markûm tarefinden temhîr etdirüb firâr eden diğer Manol zimmi de alacağım olan meblağ-ı mezkûru mesfûr Manol dükkân-ı mezkûru zabt ve içinde mütemekkin olmağla bana edâ eylesün demesi *takrîr-i meşrûhu üzere meşrû' olmamağla kelâmına iltifât olunmıyub* (...)", İM, nu. 63, v. 32a. Burada mahkeme bir başka gerekçe olarak, ortaklar arasında hesabın görülerek ayrılımlarından sonra asıl borçlunun firar etmesini göstermiş, kefilin asıl borçluya rücu hakkının esasen var olmasına karşın, elinde firar eden ortağa ait bir şey kalmayan diğer ortağa rücu edilmesinin haksız olduğuna karar vermiştir: "(...) beynlerinde cereyân iden mü'âmelâtın hesabını cümle ma'rifetleriyle rü'yet ü kat' ve eşyâsını alub müfârekat itdiklerinden sonra mesfûr diğer Manol zimmi firâr itmiştir diyü her biri meclis-i şer'e haber vermeleriyle mesfûr Manol zimminin ma'zûrunu mütahakkık olmağla mesfûr Yani zimminin *vech-i meşrûh üzere olan müdâhalesi men' olunmak* ıktızâ eylediği (...)"

¹⁷⁷ Mavsılî, s. 63; Margînânî, s. 1052; Zeyla'î, s. 156; İbn Nüceym, s. 245; *Mecelle* md. 659: "Mekful bih gerek asil ve gerek kefil tarafından mekful lehe teslim ve ifa olundukta, kefil kefaletten beri olur."

borçtan dolayı alacaklının kefilden talepte bulunma hakkının var olduğu düşünülemez.¹⁷⁸ Bir başka gerekçe de, mala kefalet sözleşmesinde kefilin asıl borçluya tabi olmasıdır.¹⁷⁹ Asıl borçlunun alacaklıya edada bulunmasıyla birlikte kefil de sorumluluktan kurtulur.¹⁸⁰ Fukaha, asıl borçlunun borcun bir kısmını ödemesiyle kefilin sorumluluğunun sona ermediğini belirtmektedir.¹⁸¹ Borcun bir kısmına kefil olunduğu durumda, asıl borçlu alacaklıya yaptığı ödemenin kefil olunan kısma dahil olduğunu belirtirse, kefilin sorumluluğunun sona erdiği kabul edilmektedir.¹⁸²

İncelenen mahkeme kayıtlarında, asıl borçlunun borcun tamamını ödemesini müteakip kefilin borçtan kurtulduğu örneklerle çok sık rastlanmamaktadır. Bir kayıtta, aynı alacaklılara olan borçları için birbirlerine kefil olan ortaklardan biri alacaklılara başlangıçtaki asıl borcu değil, sulh sonucu oluşan meblağı ödemiştir. Alacaklılar bu kişinin sorumluluğunun kalmadığını ifade etmişlerdir.¹⁸³

B. Kefilin veya Asıl Borçlunun İbra Edilmesi

Fukahaya göre bir diğer sona erme türü *ibra*'dır. Bu noktada kefilin veya asıl borçlunun alacaklı tarafından ibra edilmesi söz konusu olabilir. İbra edilen kefilin sorumluluğu sona erer.¹⁸⁴ Alacaklının asıl borçluyu ibra etmesi kefilin de ibra edilmiş olması sonucunu doğurur, böylece kefilin mutalebe sorumluluğu sona erer.¹⁸⁵ *Mecelle* de bu hükmü kabul etmiştir (md. 662): “Asilin beraeti

178 Zeyla'î, s. 156; İbn Nüceym, s. 245. Asıl borçlunun ödeme yapmasıyla sorumluluğu sona eren kefilden, asıl borçlunun aynı alacaklıya olan sonraki bir borcundan da kefaleten sorumlu olduğu iddiasıyla alacaklının talepte bulunamayacağı hakkında bkz. Şeyhülislam Feyzullah Efendi, s. 229.

179 Mavsılî, s. 63.

180 İbn Nüceym, s. 245.

181 Şeyhülislam Feyzullah Efendi, s. 228.

182 Çatalcalı Ali Efendi, s. 353.

183 “(...) bedel-i sulh-ı mezkûr bin altıyüz guruşu mezbûr es-seyyid Mehmed Kadri bana *edâ vü teslim idüüb* bendahi yedinden vekâlete *temâmen ve kâmilên* ahz u kabz eyledik fi-mâ ba'd husûs-ı mezkûra müte'allıka mezbûr es-seyyid Mehmed Kadri ile da'vâ vü nizâ'ımız kalmamışdır didiklerinde (...)”, GM, nu. 517, v. 18a.

184 *Mecelle* md. 660: “Mekful leh kefilî ibra ettim yahut kefil tarafında hakkım yoktur dese kefil beri olur.”

185 Mavsılî, s. 63; Margînânî, s. 1052; Zeyla'î, s. 156; Molla Husrev, s. 375; İbn Nüceym, s. 245; Çatalcalı Ali Efendi, s. 354. Bu esas, *Mecelle* md. 49'da “asıl sakıt oldukta, ferî dahi sakıt olur” şeklinde ifade edilmiştir.

kefilin beraetini mucib olur.” Fakat bunun aksi geçerli değildir: Alacaklı kefilî borçtan ibra ederse, asıl borçlu ibra edilmiş olmaz; çünkü borç esasında asıl borçlunun üzerindedir ve kefilin mutalebe sorumluluğu olmaksızın borcun asıl borçlu üzerinde kalması mümkündür.¹⁸⁶

İbra ile ilgili mahkeme kayıtlarının önemli bir kısmı, alacaklı ile kefilin veya kefil ile asıl borçlunun sulh olmasından sonra, borcun kalan miktarının talep edilmeyeceği hakkındadır.¹⁸⁷

Yine, vekilin borçluyu ibra etmesinden sonra, müvekkilin vekaleti kabul etmeyip alacağını borçludan talep etmesi halinde, tazmin edilecek meblağa vekilin kefil olduğu görülmektedir.¹⁸⁸

Öte yandan, ödeme yapılması sonucunda asıl borçlu ve/veya kefilin zimmetinin ibra edilmesi örneklerine de kayıtlarda rastlanmaktadır.¹⁸⁹

186 Mavsîlî, s. 63; Margînânî, s. 1052; Zeyla’î, s. 156–157; İbn Nüceym, s. 246. Dürriyade Mehmed Arif Efendi, s. 283; *Mecelle* md. 661: “Kefilin beraetinden asilin beraeti lazım gelmez.”

187 “(...) mersûm İsvador zimminin karındaşı olup bundan akdem hâlik olan kaparacı Hacadır zimmetinde karzdan yirmi gurus hakkıma karındaşı mersûm İsvador *kefil ü zâmin olmağla* kefâletine binâ[en] taleb iderim diyü tasaddî eylediği da’vâsından mesfûr İsvador zimmi ile an-inkâr üç gurus bedel-i makbûza sulh olup mâ adâya müte’allıka da’vâdan mesfûr İsvador’un zimmetini ibrâ vü ıskât oldahi ber-vech-i muharrer *sulh u ibrâyı kabûl ve bu vecihle kat’-ı münâze’a eyledikleri* (...)”, GM, nu. 516, v. 5b. Yine bkz. GM, nu. 511, v. 20b, v. 22a; GM, nu. 516, v. 12a, v. 43b; GM, nu. 523, v. 5a, v. 7b, v. 26b; İM, nu. 59, v. 54b; İM, nu. 64, v. 9a, v. 57a; İM, nu. 66, v. 8a.

188 “(...) hukûk-ı zevciyyete ve ibtidâ’-ı zevciyyetinden işbu târih-i kitâba gelince bi’l-cümle beynlerinde cereyân iden ahz u ı’tâ ve mü’âmelât-ı şettâ ve hukûk-ı sâ’ire-i şer’iyyeye müte’allıka âmme-i da’vâdan *her birimiz bi’l-asâle ve bi’l-vekâle âharın zimmetini ibrâ vü ıskât* ve her birimiz ber-vech-i muharrer âharın [âharın] ibrâsını kabûl eyledik lâkin kızım müvekkile-i mezbûre Emine hatun eğer ba’de-zemân beni tevkîl eylediğini inkâr birle zevci markûmun mihr-i mezkûr altmış gurusunu da’vâ ve şer’an nesne ahz iderse me’hûzuna ben kefil ü zâmin oldum didikde (...)”, GM, nu. 511, v. 52b. “(...) âmme-i da’vâdan *vasıy-ı mezbûrun zimmetini bi’l-vekâle ibrâ-yı tâm ile ibrâ ve ıskât idüb* ol dahi ber-minvâl-i muharrer ibrâ-yı mezkûru kabûl eyledi didikden sonra mü’ekkil-i mezbûr Ömer beşe ibn-i Üveys ba’de-zemân gelüb vasıy-ı mezbûrdan da’v[â] idüb bir nesne hukm itdirir ise me’hûzu olan meblağa işbu hâzır bi’l-meclis arabacı Ahmed ağa ibn-i Mehmed kefil ü zâmin oldum didikde (...)”, GM, nu. 512, v. 14a. “(...) *mezbûr Osman ağanın zimmetini bi’l-vekâle ibrâ vü ıskât eyliyüb* ol dahi ibrâ’-ı mezkûrumu kabûl eyledi didikde gibbe’t-tasdikî ş-şer’i hâzırından meclis-i mezkûrda vekil-i mezbûr ile mezbûr Osman ağa müvâcehelerinde ikrâr ve takrîr-i kelâm idüb müvekkil-i mezbûr hâccî Zülfikar ağa ba’de-zemân vekâlet ve gâ’ib-i mezbûr Hasan efendi risâletini inkâr birle meblağ-ı mezkûru mezbûr Osman celebiden talep ü da’vâ ve ahz u kabz iderler ise me’hûzlarına ben kefil ü zâmin oldum didikde (...)”, GM, nu. 518, v. 8b.

189 “(...) müvekkil-i mezbûr el-hâc Mehmed meblağ-ı markûm dört yüz gurusu min-ciheti’l-havâle *bana edâ vü teslîm ben dahi yedinden temâmen ahz u kabz idüb* meblağ-ı mezkûrdan

Fukahanın önem verip ayrıntılı olarak ele aldığı ibra lafzı, sicillerde de açıkça gösterilmektedir. Alacaklı, kimi/kimleri hangi sebepten dolayı ve hangi hususta ibra ettiğini belirtmektedir. Böylelikle ödemenin gerçekleşip gerçekleşmediği veya kefilin asıl borçluya rücu edip edemeyeceği gibi hususların problem oluşturmayacak şekilde beyan olunmasına çalışıldığı söylenebilir.

C. Alacaklı ile Sulh Olunması

Fukaha, kefilin alacaklı ile borcun bir kısmının ödenmesi konusunda anlaşmasını (*sulh*) kefalet sözleşmesinin kısmi bir sona erme sebebi olarak göstermiştir. Sulh sonucunda hem kefilin hem de asıl borçlunun borcun kalan kısmından sorumluluğu sona erer.¹⁹⁰ Çünkü fukahaya göre, indirim yapılan miktar esasında asıl borçlu üzerindeki borçtur.¹⁹¹ Alacaklı sulhun hem asıl borçluyu hem de kefil veya sadece asıl borçluyu kapsadığını zikrederse yahut bu yönde herhangi bir kayıtlama yapmazsa, asıl borçlu ve kefilin birlikte borçtan kurtulduğu sonucuna varılır. *Mecelle*'nin düzenlemesi de bu yöndedir (md. 668): “Kefil yahut asıl borcun bir miktarı üzerine dayin ile musalaha ettiklerinde, eğer ikisinin ya asilin beraeti şart edilmiş yahut hiç bir şart dermeyeran edilmemişse ikisi dahi beri olur.” Fakat alacaklı sadece kefile sulh olduğunu belirtmişse, asıl borçlu indirimden yararlanamaz.¹⁹² Eğer kefalet sözleşmesi asıl borçlunun emriyle kurulmuşsa, alacaklıyla sulh olan kefil asıl borçludan başlangıçtaki borcun tamamını değil, anlaşma yapılan miktarı isteyebilir.¹⁹³ Fukahaya göre kefil, asıl borcun cinsinden başka bir şey konusunda alacaklıyla sulh olmuşsa, asıl borçludan başlangıçtaki borcu talep etme hakkına sahiptir.¹⁹⁴ Kefil asıl borçtan doğan sorumluluğu üzerinde değil de, kefalet sözleşmesi ile alacaklının talebine muhatap olma (*mutâlebe*) sorumluluğu üzerine

müvekkil-i mezbûr el-hâc Mehmed ve asıl gâ'ib-i mezbûr Hasan ağa ve kefil-i markûm esseyid el-hâc Mehmed'in yed ü zimmetinde bir akçe ve bir habbe bâkî alacağım kalmamağla husûs-ı mezkûra müte'allıka âmmе-i da'vâdan mezbûrûn el-hâc Mehmed ve Hasan ağa ve esseyid el-hâc Mehmed her birinin zimmetlerini ibrâ vü ıskât eylediğimde (...)", GM, nu. 515, v. 14a.

190 Mavsılî, s. 63; Margînânî, s. 1052; Zeyla'î, s. 157; İbn Nüceym, s. 248; Dürriade Mehmed Arif Efendi, s. 279.

191 Mavsılî, s. 63; Margînânî, s. 1052; Zeyla'î, s. 157; İbn Nüceym, s. 248.

192 Zeyla'î, s. 157; İbn Nüceym, s. 248; *Mecelle* md. 668.

193 Mavsılî, s. 63; Margînânî, s. 1052; Zeyla'î, s. 157; İbn Nüceym, s. 248.

194 Mavsılî, s. 63; Margînânî, s. 1052; İbn Nüceym, s. 248; İbn Âbidîn, s. 320.

alacaklıyla sulh olursa, asıl borçlunun sorumluluğu devam eder.¹⁹⁵ Alacaklıyla asıl borçlu sulh olursa, bundan kefil de yararlanır.¹⁹⁶

İncelenen mahkeme kayıtlarında birçok sulh örneğine rastlanmıştır. Bazı kayıtlar henüz kefalet sözleşmesi kurulmadan önce, alacaklıyla asıl borçlunun sulh olması hakkındadır.¹⁹⁷ Bunun dışındakiler kefalet sözleşmesinin akabinde gerçekleşmektedir: Kefilin alacaklıyla veya asıl borçluyla yahut kefillerin birbirleriyle sulh olduğu durumlar mevcuttur.

Fukahanın öngördüğü şekilde, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra kefil ile alacaklının belli bir miktar üzerine sulh olması kayıtlara yansımıştır.¹⁹⁸ Bu kayıtlarda alacaklı, anlaşma yapılan miktarı kefilin kendisine ödediğini belirttikten sonra, artık kefilinden bir alacağının kalmadığını ayrıca zikretmektedir. Bazı kayıtlarda ise kefil ile sulh olan alacaklının, kefilin yanı sıra asıl borçluyu da borçtan ibra ettiği durumlara rastlanmaktadır.¹⁹⁹

Mahkeme kayıtlarında, yalnızca kefile sulh olan alacaklının asıl borçludan borcu talep ettiğine dair bir iddia yer almamaktadır. Bu nedenle asıl borçlunun borçtan sorumlu olmadığı ayrıca belirtilmiş olsa da olmasa da alacaklının kefile sulh olmasıyla, asıl borçlunun da fukahanın kabul ettiği şekilde borçtan kurtulduğu söylenebilir.

195 Mavsili, s. 63; Margînânî, s. 1052; İbn Nüceym, s. 248. Kefil alacaklı ile “mucib-i kefaletten sulh” olduğunda asıl borçlunun sorumluluğunun devam ettiğine dair bkz. Çatalcalı Ali Efendi, s. 353.

196 Zeyla’î, s. 157; İbn Nüceym, s. 248; Çatalcalı Ali Efendi, s. 352–353.

197 Bkz. GM, nu. 516, v. 50a; GM, nu. 517, v. 92b; GM, nu. 523, v. 13b; İM, nu. 64, v. 10b.

198 “(...) beynimizde ba’de-vukû’l-münâze’a bâ-vesâtat-ı mushlîn bizi mezbûr es-seyyid Mehmed Kadri ile da’vâ-yı mezkûrumdan nef’an lî’s-sagîrân bin altı yüz guruş üzerine inşâ’-ı akd-ı sulh itdiklerinde bendahi sulh-ı mezkûru ba’de’l-kabûl bedel-i sulh-ı mezkûr bin altıyüz guruşu mezbûr es-seyyid Mehmed Kadri bana edâ vü teslîm idüb bendahi yedinden vekâlete temâmen ve kâmilan ahz u kabz eyledik fi-mâ ba’d husûs-ı mezkûra müte’allıka mezbûr es-seyyid Mehmed Kadri ile da’vâ vü nizâ’ımız kalmamışdır didiklerinde (...)”, GM, nu. 517, v. 18a; GM, nu. 516, v. 5b; İM, nu. 64, v. 9a; İM, nu. 64, v. 57a.

199 “(...) meblağ-ı mezkûr on sekiz guruşu markûm Yani zimmîden bi-hukmî’l-kefâle taleb iderim diyü tasaddî eylediği da’vâsından markûm Yani zimmî ile bâ-tevessut-ı mushlîn dokuz guruşu ba’dâ’s-sulh ve’l-kabûl bedel-i sulh-ı mezkûrdan mâ adâ dokuz guruşu müte’allıka da’vâdan kefil-i markûm Yani zimmî ile karındaşı asil-i mersûm Apostol’un zimmetlerini ibrâ vü ıskât eyliyüb markûm Yani zimmî ibrâ’-ı mezkûru ba’de’l-kabûl mücebince bedel-i sulh-ı mezkûr dokuz guruşu müdde’iy-ı markûm Andon zimmîye edâ vü teslîme markûm Yani zimmîye tenbîh olunduğu (...)”, GM, nu. 523, v. 5a; GM, nu. 516, v. 12a; İM, nu. 66, v. 8a.

Birden fazla borçlunun birbirlerine kefil oldukları durumlarda, bu borçluların alacaklıyla sulh olduklarına dair mahkeme kayıtlarına rastlanmaktadır. Bir kayıtta alacaklı, kefillerden biri ile sulh olduktan sonra bu kefilin kalan borçtan sorumlu olmadığını ayrıca zikretmiştir.²⁰⁰ Bir kayıtta ise, alacaklı kefillerden ikisiyle anlaşmış, hem bu kefillerin hem de diğer kefillerin kalan borçtan sorumlu olmadıklarını beyan etmiştir.²⁰¹ Bir borcu müteakip kefil olunan bir kayıtta, borcun tamamını ödeyen kefil diğer kefil-den borcun yarısını almak istediğinde, kefillerin birbirleriyle sulh oldukları görülmektedir.²⁰²

200 “(...) Ömer bin Mustafa nâm kimesne Galata bâb mahkemesinde derûn-ı arzuhâlde mastûrül-ism Koto veled-i Kazo nâm zimmî müvâcehesinde mersûm ile şerki gâ'ibân anî'l-meclis Vasil ve Luka nâm zimmîler bundan akdem yedimden istikrâz u kabz eyledikleri beşyüz guruşu ve her]bir[biri âharın zimmetine lâzim gelen meblağa bi'l-emr ve'l-kabûl kefil ü zâmin olmalarıyla hâlen meblağ-ı mezkûr beş yüz guruşu asâlet ve kefâletine binâ'[en] mersûm Koto zimmiden taleb iderim diyû tasaddî eylediği da'vâsından bâ-tevessut-ı muslihîn mesfûr Koto ile elli guruşa ba'da's-sulh ve'l-kabûl bedel-i sulh-ı mezkûrdan mâ adâya müte'allıka da'vâdan mesfûr Koto zimmînin zimmetini ba'de'l-ibrâ ve'l-kabûl (...)", GM, nu. 516, v. 43b.

201 “(...) dülbendci asnâfından el-hâc Hüseyin bin Yusuf ve el-hâc Mehmed ibn-i İbrahim nâm kimesneler mahzarlarında mezbûrân ile gâ'ibûn anî'l-meclis el-hâc Hasan bin Mehmed ve mollâ Mustafa bin el-hâc Hüseyin ve müteveffâ Hüseyin efendi nâm beş nefer kimesneler zimmetlerinde işbu bir kıt'a deyn temessükü mantûkunca mukaddemen yedimden ve mâlimden iştirâ vü kabz eyledikleri tob ve zirâ'ı beynimizde ma'lûm dülbend semeninden üç bin altı yüz yetmiş iki guruşdan bâkî beş yüz seksen yedi guruş hakkım olub mezbûrûndan her biri âharın zimmetine lâzim gelen meblağa bi'l-emr ve'l-kabûl kefâlet-i sahiha ile kefil ü zâmin olmalarıyla (...) bâ-tevessut-ı muslihîn müdde'iy-ı mesfûr ber-vech-i muharrer tasaddî eylediği da'vâ-yı mezkûresinden mezbûrân el-hâc Hüseyin ve el-hâc Mehmed ile üç yüz yirmi guruş üzerine sulh olub mâ adâsı olan iki yüz altmış iki guruşa müte'allıka âmme-i da'vâdan mezbûrân ile gâ'ibûn-ı mezbûrûnun zimmetlerini ibrâ vü iskât eyledikde (...)", İM, nu. 59, v. 54b.

202 “(...) gâ'ib anî'l-meclis Abdülkadir ibn-i Mehmed bin Abdullah nâm kimesnenin yine gâ'ib anî'l-meclis müderrisîn-i kirâmdan Osman efendi ibn-i Mehmed nâm kimesneye cihet-i karzdan deyni olan bin yüz elli guruşa benimle mezbûr Ahmed ağa bi'l-emr ve'l-kabûl müte'âkaben kefil ü zâmin ve her birimiz âharın zimmetine lâzim gelen meblağa dahi kezâlik bi'l-emr ve'l-kabûl kefil ü zâmin olduğumuzdan sonra dâyin-i mûmâ ileyh meblağ-ı mezkûr bin yüz elli guruşu hukm-ı hâkimü's-şer' ile benden kefâletine binâ'[en] bi't-temâm ahz u kabz itmeğle bendahi meblağ-ı mezkûrun nısfı olan beş yüz yetmiş beş guruşu bi'l-mürâce'a mezbûr Ahmed ağadan taleb ü da'vâya tasaddî birle beynimizde münâze'ât-ı kesîre vâkı'a olmuşıdi el-hâletü hâzih beynimize muslihîn tevessut idüb benî da'vâ-yı mezkûremden mezbûr Ahmed ağa ile bi't-terâzî yüz guruş üzerine inşâ'-ı akd-ı sulh eylediklerinde (...)", GM, nu. 511, v. 20b.

Alacaklıya ödeme yapıp asıl borçluya rücu eden kefilin asıl borçluyla sulh olduğu durumlar da mevcuttur.²⁰³

D. Kefilin Alacaklıyı Havale Etmesi

Fukaha, eserlerinin kefaletle ilgili bölümlerinde, havale yoluyla kefaletin sona ermesi konusunda kefilin alacaklıyı havale etmesi hususuna yer vermektedirler. Kefil alacaklıyı bir başka kişiye havale ettikten sonra, kendisine havale yapılan kişi ve alacaklı havaleyi kabul ederlerse, kefil sorumluluğundan ve asıl borçlu da borcundan kurtulur.²⁰⁴ Fakat alacaklı havaleyi kabul ederken, yalnızca kefilin sorumluluktan kurtulmasını şart koşarsa asıl borçlunun sorumluluğu devam eder; bu durumda alacaklı, alacağını dilerse asıl borçludan, dilerse kendisine havale yapılan kişiden talep edebilir.²⁰⁵

İncelenen kayıtlarda kefalet sözleşmesinden sonra havale işleminin yapıldığına dair örneklerle rastlanmaktadır. Bir kayıtta, asıl borçlu borcunu bir başka kişiye havale etmekte, bu kişiden alacağını tahsil eden alacaklı asıl borçludan, kendisine havale yapılan kişiden ve kefiliden bir alacağının kalmadığını belirtmektedir.²⁰⁶ Söz konusu kayıtta asıl borçlu borcunu havale etmiş ve

203 “(...) mezbûr Ali beşenin gâ’ib ani’l-meclis sefâyin-i sultâniyye kapudanlarından Halil kapudan bin Abdullah nâm kimesneye cihet-i karzdan zimmetinde deyni olan yirmi üç guruşa bi’l-emr ve’l-kabûl ben kefil ü zâmin olduğumdansonra mezbûr Halil kapudan meblağ-ı mezkûru bi-hukmî’l-kefâle benden ahz u kabz itmeğle *bendahi meblağ-ı mezkûru bi’l-mürâce’a mezbûr Ali beşeden taleb iderim diyü tasaddi eylediği da’vâsından bâ-tevessut-ı mushîhîn mezbûr Ali beşe ile sekiz guruş bedel-i makbûza ba’da’s-sulh ve’l-kabûl mâ adâya ve bedel-i sulh-ı mezkûra müte’allıka âmme-i da’vâdan her biri âharın zimmetini ibrâ vü ıskât eyliyüb ve her biri ber-vech-i muharrer âharın ibrâsını kabûl birle kat’-ı münâze’a eyledikleri (...)*”, GM, nu. 523, v. 7b. “(...) markûm Mesko zimminin bundan akdem vefât iden kalyoncu Mehmed Emin nâm kimesneye hayâtında deyni olan on yedi guruşa ben bi’l-emr ve’l-kabûl kefil ü zâmin olmuşidim binâ’en aleyh meblağ-ı mezkûru mezbûr Mehmed Emin’e mâlimden edâ vü teslîm eylediğimdensonra markûm Mesko yedinden meblağ-ı mezkûrun beş guruşunu ahz bâkî kalan on iki guruşu *markûm Mesko’dan bi’l-mürâce’a taleb iderim diyü tasaddi eylediğim da’vâmdan bâ-tevessut-ı mushîhîn markûm Mesko ile altı buçuk guruş bedel-i makbûza ba’da’s-sulh ve’l-kabûl mâ adâya müte’allıka da’vâdan markûm Mesko’nun zimmetini ba’de’l-ibrâ ve’l-kabûl kat’-ı münâze’a eylediklerin (...)*”, GM, nu. 523, v. 26b.

204 İbn Nüceym, s. 246; *Mecelle* md. 669: “Kefil mekful lehi birinin üzerine ihale edip mekful leh ve muhal aleyh dahi kabul etse hem kefil ve hem de mekful anı beri olur.” Kefilin havale ile sorumluluktan kurtulması hakkında bkz. Çatalcahı Ali Efendi, s. 352.

205 İbn Nüceym, s. 246.

206 “(...) gâ’ib ani’l-meclis Berzek? Hasan ağa ibn-i Abdullah nâm kimesne zimmetinde cihet-i

havale sözleşmesinin gereği olarak borçtan sorumluluğu sona ermiş olmasına rağmen, alacaklı, asıl borçludan bir alacağının kalmadığını ayrıca zikretmektedir. Çalışmada esas alınan fıkıh kitaplarının kefaletle ayrılan kısımlarında asıl borçlunun borcunu başkasına havale etmesiyle kefilin sorumluluğunun devam edip etmediği konusu detaylandırılmamaktadır. Mahkeme kaydının sonunda ise alacaklı, kefilen de bir alacağının kalmadığını belirtmektedir. Fakat zaten bir sorumluluğu kalmaması gereken asıl borçluyu da kefille birlikte zikrettiğinden, bu kayıttan yola çıkılarak havalenin gerçekleşmesi ile kefilin sorumluluğunun sona erip ermediğine dair bir kanaate varılması güçleşmektedir. Ancak bu durum, asıl borçlunun borcunu ödemesi (*edâ*) yoluyla kefalet sözleşmesinin sona ermesine benzetilebilir: Havale ile asıl borçlunun sorumluluğu sona ermiştir, artık asıl borçlu açısından mevcut olmayan bir borçtan dolayı kefilin sorumluluğuna gidilemeyecektir.²⁰⁷ Yine, kefilin asıl borçluya tabi olduğu hatırlanırsa,²⁰⁸ kefilin sorumluluğunun sona erdiği söylenebilir.

Başka bir kayıta borcun bir miktarını ödeyen kefil, isimlerini ve sayısını zikredemediği kişilere bu borcun asıl borçlu tarafından havale edildiğini ve asıl borçlunun borçtan kurtulduğunu belirttikten sonra borcun kalan kısmını alacaklıya vermekten kaçınmaktadır. Kefilin havale iddiası mahkemece geçerli (*sahîh*) kabul edilmemiş, kalan borcu ödemesi kendisinden istenmiştir.²⁰⁹

karzdan alacak hakkım olan dört yüz guraşa işbu hâzır bi'l-meclis es-seyyid el-hâc Mehmed ağa ibn-i es-seyyid el-hâc Ali nâm kimesne bi'l-emr ve'l-kabûl kefil ü zâmin olduktan sonra gâ'ib medyûn-ı mezbûr Hasan deyni olan meblağ-ı markûm dört yüz guraş ile müvekkil-i markûm el-hâc Mehmed üzerine havâle-i mutlaka ile beni havâle ve her birimiz havâle-i mezkûreyi kabûl idüb hâlen müvekkil-i mezbûr el-hâc Mehmed meblağ-ı markûm dört yüz guraşu min-ciheti'l-havâle bana edâ vü teslim ben dahi yedinden temâmen ahz u kabz idüb meblağ-ı mezkûrdan müvekkil-i mezbûr el-hâc Mehmed ve asıl gâ'ib-i mezbûr Hasan ağa ve kefil-i markûm es-seyyid el-hâc Mehmed'in yed ü zimmetinde bir akçe ve bir habbe bâkî alacağım kalmamağla (...)", GM, nu. 515, v. 14a.

²⁰⁷ Zeylaî, s. 156; İbn Nüceym, s. 245.

²⁰⁸ Mavsilî, s. 63.

²⁰⁹ "(...) hakkım olan on beş bin yedi yüz altmış sekiz guraşa tarefeynden bi'l-emr ve'l-kabûl işbu mersûm Dimitri kefil ü zâmin olduktansonra meblağ-ı mecmû'-ı mezkûrdan dokuz bin altı yüz kırk altı guraşunu kefaletine binâ'[en] bana edâ vü teslim bâkî kalan altı bin yüz yirmi iki guraşu bi-hukmî'l-kefâle mesfûr Dimitri'den hâlen taleb iderim diyü da'vâ eyledikde oldahi cevâbında ber-minvâl-i muharrer bi-temâmih tâyi'an ve kat'ıyyen ikrâr u ı'tirâf idüb lâkin asıl gâ'ib-i mersûm Sakızlı Marki meblağ-ı mecmû'-ı mezkûru Atina kazâsı ehâlîsi olub isimleri mechûl ve adedi nâ-mahsûr kimesneler üzerlerine müdde'iy tâcîr müste[']men-i mesfûru havâle idüb ol vecihle asıl-i mersûmun zimmeti beriye olmuşdur diyü eylediği def'i takrîr-i meşrûhu üzere havâle-i mezkûre sahiha olmamağla meşrû'u mu'teber olmayub alâ-mûcebi ikrârih meblâğ-ı bâkî-i mezbûr altı bin yüz yirmi iki guraşu müdde'iy tâcîr müste[']

Bazı kayıtlarda havale işleminin gerçekleşmesinden sonra kefalet sözleşmesinin kurulduğu görülmektedir.²¹⁰ Bu kayıtlarda yer alan havale işlemle-
rinde kefillerin doğrudan bir etkisi bulunmamakta, alacağın tahsili konusun-
da alacaklılar ile asıl borçlular yahut kendisine havale yapılan kişiler arasın-
daki ilişkiler söz konusu olmaktadır.

E. Sözleşmenin Sona Ermediği Bazı Durumlar: Kefilin, Alacaklının veya Asıl Borçlunun Ölümü

Fukaha, kefilin ölmesiyle mala kefalet sözleşmesinin sona ermediğini
kabul etmiştir, zira kefilin ardında bıraktığı mal ile kefalet borcunu ödemek
mümkündür.²¹¹ Asıl borçlunun emri üzerine kefil olunmuşsa, varisler alacak-
lıya ödeme yaptıktan sonra asıl borçluya rücu edebilirler.²¹²

Mala kefalet sözleşmesi alacaklının ölmesiyle de sona ermez, vasinin
veya varisin ölen alacaklının yerine geçerek kefilden talepte bulunma hakları
vardır.²¹³

Asıl borçlunun ölümü durumunda da mala kefalet sözleşmesi sona er-
mez; alacaklı kefilden talepte bulunabileceği gibi, ölen asıl borçlunun tereke-
sine de başvurabilir.²¹⁴

Konu edilen kayıtlarda, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra ala-
caklının ölümünden doğan bir anlaşmazlığa rastlanmamaktadır. Kefilin veya
asıl borçlunun ölümünden sonra alacaklının varislerden talepte bulunması
hususlu ise bazı kayıtlarda yer almaktadır. Bir kayıta alacaklı, ölen kefilin
varislerine başvurarak kefilin hayattayken asıl borçtan ödemediği kısmı te-
rekeden tahsil etmeye çalışmıştır.²¹⁵ Varislerden belli bir miktar tahsil eden
alacaklı, kalan kısımdan hak talep etmemiştir.

men-i mersûma bi-hukmî'l-kefâle edâ vü teslîme mesfûr Sakızlı Dimitri zimmiye tenbîh
olunduğu (...)", GM, nu. 523, v. 6b.

²¹⁰ Bkz. GM, nu. 515, v. 19b; GM, nu. 521, v. 32a; GM, nu. 523, v. 7b.

²¹¹ Margînânî, s. 1047; Zeyla'î, s. 149-150; İbn Nüceym, s. 230. Aynı hüküm bazı fetvalarda da
tekrarlanmaktadır, bkz. Çatalcalı Ali Efendi, s. 351 ve 356; Dürrizade Mehmed Arif Efendi, s. 287.

²¹² Zeyla'î, s. 150; İbn Nüceym, s. 230; *Mecelle* md. 670, ayrıntısı için bkz. Ali Haydar, s. 149.

²¹³ Margînânî, s. 1047; Zeyla'î, s. 150; İbn Nüceym, s. 230.

²¹⁴ Dürrizade Mehmed Arif Efendi, s. 284. Kişiye kefalette asıl borçlunun veya kefilin ölmesi
ile kefalet sözleşmesi sona ermektedir, bkz. Mavsîlî, s. 62; Margînânî, s. 1047; Zeyla'î, s. 149;
İbn Nüceym, s. 230; İbn Âbidîn, s. 292.

²¹⁵ "(...) mütevellîsi olduğum kırka dört bölüğün nükûd-ı mavkûfasından sâbikan Hotin muhafızı
Ahmed başanın istidâne vü kabz eylediği altı bin guruşun edâsına bi'l-emr ve'l-kabûl kefil ü

Asıl borçlunun ölümünü müteakip alacaklının talepte bulunduğu bir başka kayıttta, alacaklı meblağı asıl borçlunun terekesinden tahsil etmek yerine kefile başvurmuş, belli bir miktar üzerinde onunla anlaşmaya varmıştır.²¹⁶

Bir kayıttta asıl borçlunun ölmesinden önce kefil olan kişi, borcun bir miktarını ödemiş, alacaklı kalan alacak kısmını yine kefiliden talep etmiş ve yine kefil ile sulh olmuştur.²¹⁷

Bir başka kayıttta ise alacaklı, birbirlerinin borcuna kefil olan iki kişiden hayatta olandan borcun tamamı için talepte bulunmuş, fakat kefaleti ispat edememiştir.²¹⁸

zâmin olduğu yedimde olan ı'lâm-ı şer'î mücebince şer'an sâbit olub meblağ-ı mahkûm bih altı bin iki yüz elli gurusun ceste ceste üç bin on dört gurusunu hayâtında kefâletine binâ'en müteveffâ-yı mezbûr Yahya bey bana edâ vü teslim bendahi yedinden bi't-tevlid ba'de'l-kabz bâkî üç bin iki yüz otuz altı gurusu kable'l-edâ fevt olmağla (...) cem'an bin beş yüz gurusu deyn-i mezkûra takâsan bana edâ vü teslim bendahi yedinden temâmen ahz u kabz idüb mâ adâsı olan bin yedi yüz otuz altı gurusu mutâlebesinden bi't-tevlid fârğ olub husûs-ı mezkûra müte'allika verese-i mezbûre ile sürûrla da'vâ vü nizâ'im bâkî kalmadı didikde (...)", GM, nu. 514, v. 31b.

216 "(...) mersûm İsvador zimminin karındaşı olub *bundan akdem hâlik olan* kaparacı Hacıdır zimmetinde karzdan yirmi gurus hakkıma karındaşı mersûm İsvador kefil ü zâmin olmağla *kefâletine binâ'[en] taleb iderim* diyü tasaddî eylediği da'vâsından mesfûr İsvador zimmi ile an-inkâr üç gurusu bedel-i makbûza sulh olub mâ adâya müte'allika da'vâdan mesfûr İsvador'un zimmetini ibrâ vü ıskât oldahi ber-vech-i muharrer sulh u ibrâyı kabul ve bu vecihle kat'-ı münâze'a eyledikleri (...)", GM, nu. 516, v. 5b.

217 "(...) *bundan akdem fevt olan* balıkcı Hasan beşe ibn-i Halil nâm kimesne zimmetinde (...) cem'an bâ-temessük hakkım olan bin iki yüz altmış üç gurusu *medyûnum müteveffâ-yı mezbûrun hayâtında* kendüden taleb eylediğimde oğlu mezbûr Şerif İbrahim meblağ-ı mezkûra tarefeynden bi'l-emr ve'l-kabûl kefil ü zâmin olub meblağ-ı markûmdan elli gurusunu kefil-i markûm yedinden ahz ve bâkî kalan bin iki yüz on üç gurusu mezbûr Şerif İbrahim'den bi-hukmi'l-kefâle taleb ü da'vâ itdiğimde (...) markûm Şerif İbrahim ile sekiz yüz gurusu ba'de-akdi'l-musâlaha ve'l-kabûl bedel-i sulh-ı markûmdan mâ adâ ziyâdesi olan dört yüz on üç gurusu müte'allika âimme-i da'vâdan kefil-i mezbûr Şerif İbrahim'in ve müteveffâ-yı markûmun sâ'ir verese-i menkûha-ı metrûkesi hâzire bi'l-meclis Nefise bint-i Mehmed ve vâlidesi Emine bint-i İsmail nâm hatunlar zimmetlerini ibrâ[']-ı âmm-ı sahîh-i şer'î ile ibrâ ve ıskât eylediğimde onlar dahi ibrâ[']-ı mezkûrumu kabul eyledi (...)", GM, nu. 516, v. 12a. Asıl borçlunun ölümünden sonra alacaklının kefile sulh olmasının bir başka örneği için bkz. İM, nu. 64, v. 57a.

218 "(...) Rayo zimmi ile hâlik olan karındaşı Yoyo zimmi hayâtında yedimden iştirâ vü kabz eyledikleri dakik semeninden alacağım olan iki yüz yirmi beş gurusu asâlet ve kefâletine binâ'[en] mesfûr Rayo zimmiden hâlen taleb iderim diyü ba'de'd-da'vâ ve'l-inkâr müdde'iy-ı mesfûr Zakor? zimmi ber-vech-i muharrer eylediği *da'vâsım isbât için bi'd-defe'ât ba'de'l-istimhâl ve'l-imhâl bir vechile ityân-ı beyyineye kâdir ve tahlîfe tâlib olmamağla* müdde'iy-ı mesfûr Zakor? zimmi husûs-ı mezkûr için mesfûr Rayo zimmiye bi-lâ beyyine-i âdile bi-vech mü'ârazadan men' olunduğu (...)", İM, nu. 62, v. 5a.

Görüldüğü üzere, asıl borçlunun ölümünden sonra alacaklılar çoğu zaman öncelikle kefile başvurarak borcu ondan tahsil etmeye çalışmışlardır. Fakat kefiller talebi tam olarak karşılayamamış, alacaklıyla borcun bir kısmı üzerine sulh olmuşlardır.

Sonuç

Galata ve İstanbul mahkemelerinde 1791-1795 yılları arasında verilen kararları içeren mahkeme kayıtlarına dayanan çalışmada, Osmanlı hukukunun önemli bir boyutu olan kefalet sözleşmesinin mala kefalet türü incelenmiştir. Fıkıh kitaplarında yer alan kefalet bahislerindeki hukuki açıklamaların ışığında hukukun teorisi ve uygulaması arasındaki ilişki ele alınmıştır. Bu kitapların yanında dönemin muteber fetva mecmualarında mala kefalet sözleşmesi konusunda verilen fetvalar da dikkate alınmıştır.

Mahkeme kayıtlarının incelenmesi sonucunda, fukahanın kitaplarda yer verdiği mala kefalet sözleşmesinin, uygulamada örneğine çokça rastlanan bir sözleşme tipi olduğu söylenebilir. Sözleşmenin kurulmasında yalnızca kefilin irade beyanının yeterli olup olmadığı sorusu kayıtlardan takip edilebilmektedir. Hanefî fukahanın temelde ikiye ayrıldığı bu hususta, uygulamada iki tarafın irade beyanının bulunduğu kayıtların oldukça fazla olmasına karşın, alacaklının beyanının yer almadığı kayıtlar nazara alındığında, Ebû Yûsuf'un kavlinin geçerli olduğu söylenebilir. Yine, sözleşmenin kurulmasında kullanılan zaman kipinde veya lafızda fukahanın gösterdiği hassasiyetin mahkemede uyumsuzluğun görülmesi esnasında da devam ettirildiği zikredilebilir.

Fukahanın mala kefalet sözleşmesi bakımından aradığı veya şart olmadığını zikrettiği birçok husus kayıtlardan takip edilebilmektedir. Mesela, asıl borçlunun sözleşmenin taraflarınca biliniyor olması şartına neredeyse tüm durumlarda riayet edildiği mahkeme kayıtlarından anlaşılmaktadır. Yine, fukahanın yasaklamadığı bazı hususların, mesela taraflardan birinin kadın veya gayrimüslim olması gibi durumların da kayıtlarda yer aldığı gözlenmektedir. Fakat fukahanın eserlerinde yer verdikleri hususlardan bazılarına, mesela asıl borçlu ve alacaklı sıfatlarının birleşmesi yoluyla sözleşmenin sona ermesi veya bir kölenin kefil olması gibi hususlara, inceleme konusu yapılan yıllara ait mala kefalet sözleşmesini içeren kayıtlarda rastlanmamaktadır. Söz konusu hususlar ne kefaletle dair bir uyumsuzluk olarak karşımıza çıkmaktadır ne de başka bir konudaki uyumsuzluğa ait bir özellik olarak zikredilmektedir.

Yapılan çalışma sonucunda, hukuki metinlerle uygulama kaynakları arasındaki ilişkinin zıtlıktan ziyade bir ahengi bünyesinde barındırdığı gözlenmiştir. Kişiler arasındaki hukuksal ilişkilere –her zaman bu çerçevenin gereklerine uygun davranılmasa da– bir teorik çerçeve içinde yaklaşılabileceği görülmüştür. Böyle durumlarda kişiler arasındaki uyuşmazlıkların mahkeme önüne geldiği ve bir teorik çerçeveye atıfla problemin çözülmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Fakat çerçeve ile uygulama arasında mutlak bir örtüşmenin bulunduğu da söylenemez. Fıkıh kitaplarının kefalet bahislerinde kendisine yer verilen, fakat inceleme konusu yapılan yıllara ait mala kefalet sözleşmesini içerdiği tespit edilen mahkeme kayıtlarında rastlanmayan bazı hususların bulunması, örtüşmeyi engelleyen durumlardır. Ancak bu husus, oryantalist İslam hukuku araştırmacılarının iddia ettiğinin aksine, hukuk kurallarının ilga edildiği yahut etkinliğini yitirdiği anlamına gelmemekte, kuralın uygulanmasını gerektirecek maddi olguya her zaman aynı sıklıkta rastlanamayacağını göstermektedir. Bu nedenle bir ahengın varlığından söz edilebilir.

Çalışmamızda benimsenen yaklaşım, Osmanlılardan tevarüs edilen malzemeye hukuksal bir perspektiften bakan ve örneklerine giderek artan sayıda rastlanan bir yaklaşım olarak özetlenebilir. Bu yaklaşıma sahip sonraki çalışmalar, Osmanlı hukukunda hukuk metinlerinin muhtevasının takip ettiği seyrin yanında, uygulamanın ne şekilde gerçekleştiği hakkında veya hukuk metinleri ile uygulama kaynakları arasındaki ilişkinin mahiyeti üzerine doğruya daha yakın önermeler kurabilecektir.

Bu yöndeki çalışmalarda, hukuk uygulamasının takip edilebileceği en önemli araştırma kaynağı olan mahkeme kayıtlarının kullanılması elzemdir. Öte yandan, daha geniş çerçeveli çalışmalarda, tevarüs edilen diğer araştırma kaynaklarının mahkeme kayıtlarıyla eş zamanlı olarak kullanımı, ortaya konmak istenen resmin bütünlüğünü pekiştirecektir. Yine, hukuksal malzemeye bir soru/problem eşliğinde yaklaşmak, Osmanlı hukukunun problematik alanını genişletmekle kalmayıp, mevcut soruların/problemlerin farklı dönem ve hukuksal malzeme bağlamında tekrar gündeme gelmesine ve sınanmasına da imkan sağlayacaktır.

Kaynakça

Birincil kaynaklar

İstanbul Müftülüğü Şer'îyye Sicilleri Arşivi (TDV İslam Araştırmaları Merkezi Kütüphanesi):

Galata Mahkemesi (GM) 507, 508, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533 numaralı defterler.

İstanbul Mahkemesi (İM) 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67 numaralı defterler.

Fıkıh kitapları ve fetva mecmuaları:

Ali Haydar, Hoca Eminefendizade, *Dürerü'l-hukkâm şarhu mecelleti'l-ahkâm*, 3. bsk., Matbe'a-ı Ebuzziyâ, Kostantiniyye 1330.

Çatalcalı Ali Efendi, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, Matbe'a-ı Âmire, İstanbul 1311-1312.

Dürrizade Mehmed Arif Efendi, *Netîcetü'l-fetâvâ me'a'n-nukûl*, Matbe'a-ı Âmire, İstanbul 1265.

İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdülazîz Dimaşkı, *Hâşiyetü reddi'l-muhtâr ale'd-dürri'l-muhtâr: Şarhu tenviri'l-absâr*, Dârü Kahremân li'n-Neşr ve't-Tevzî', İstanbul 1984.

İbn Nüceym, Zeynüddîn Zeyn b. İbrâhîm b. Muhammed Mısrî Hanefî, *el-Bahrü'r-râ'ık şarhu kenzi'd-dakâ'ık*, el-Matbe'atü'l-İlmiyye, Kahire 1311.

Margînânî, Ebû'l-Hasen Bürhânüddîn Ali b. Ebî Bekr el-, *el-Hidâye şarhu bidâyeti'l-mübtedî*, Muhammed Muhammed Tâmir, Hâfız Âşûr Hâfız (nşr.), Dârü's-Selâm, Kahire 2000/1420.

Mavsılî, Ebû'l-Fazl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd el-, *el-Ihtiyâr şarhu'l-muhtâr*, Dârü'l-Beşâ'ir, Şam 1996.

Molla Husrev, *Dürerü'l-hukkâm fî şarhu gureri'l-ahkâm*, Matbe'a ve Kitâbhâne-i Mehmed Esad, İstanbul 1300.

Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-e'imme Muhammed b. Ahmed b. Sehl es-, *el-Mebsût*, Matbe'atü's-Se'âde, Kahire 1324.

Şeyhülislam Feyzullah Efendi, *Fetava-yı Feyziye*, Süleyman Kaya (haz.), Klasik Yayınları, İstanbul 2009.

Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-fetâvâ me'a'n-nukûl*, Dârü't-Tıbbâ'ati'l-Âmire, İstanbul 1266.

Zeyla'î, Fahrüddîn Osmân b. Ali b. Mihcen ez-, *Tebyînü'l-hakâ'ık fî şarhu kenzi'd-dakâ'ık*, el-Matbe'atü'l-Kübrâ el-Emîriyye, Bulak 1314.

İkincil kaynaklar

- Akman, Mehmet, “Bir ceza yargılaması aracı olarak kişiye kefalet: Osmanlı örneği”, 75. *yaş günü için Prof. Dr. Baki Kuru armağanı*, Hakan Pekcanıtez (haz.), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s. 11-16.
- Aktan, Hamza, “Daman”, *DİA*, c. VIII, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul 1993, s. 450-453.
- Apaydın, H. Yunus, “İrade beyanı”, *DİA*, c. XXII, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul 2000, s. 387-391.
-, “Kefalet”, *DİA*, c. XXV, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul 2002, s. 168-177.
- Aydın, Mehmet Akif, “İslam hukukunda tek taraflı hukuki işlem”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları*, VIII/1-3 (1994), s. 61-67.
-, *Türk hukuk tarihi*, 7. bsk., Beta Basım Yayım, İstanbul 2009.
- Bakkal, Ali, “Ücretli kefalet sözleşmesi”, *Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 5, (1999), s. 3-42.
- Bardakoğlu, Ali, “İsbat”, *DİA*, c. XXII, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul 2000, s. 492-495.
- Bellefonds, Y. Linant de, “Kafala”, *EF²*, c. IV, E.J. Brill, Leiden 1978, s. 404-405.
- Çağl, Orhan Münir, *Hukuka ve hukuk ilmine giriş: Hukukun varlığı, manası, değeri ve ruhu üzerine kritik bir reflexion*, 4. bsk., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1971.
- Demir, Halis, *İslam hukukunda kefalet*, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 1995.
- Ergun, Mehmet, *İslam hukukunda kefalet*, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 1991.
- Ertuğ, Hüseyin Nejdet, *Osmanlı kefalet sistemi ve 1792 tarihli bir kefalet defterine göre Boğaziçi*, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya 2000.
- Foster, Nicholas H.D., “The Islamic law of guarantees”, *Arab Law Quarterly*, XVI/2 (2001), s. 133-157.
- Gedikli, Fethi, *Osmanlı şirket kültürü: XVI.-XVII. yüzyıllarda mudarebe uygulaması*, İz Yayıncılık, İstanbul 1998.
-, “Osmanlı hukuk tarihi kaynağı olarak şer’iyye sicilleri”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, sy. 5, (2005), s. 187-213.
- Gerber, Haim, “The Muslim law of partnerships in Ottoman court records”, *Studia Islamica*, sy. 53, (1981), s. 109-119.
-, *State, society, and law in Islam: Ottoman law in comparative perspective*, State University of New York Press, Albany 1994.

- Goldziher, Ignác, “Fikh”, *E.J. Brill's first encyclopaedia of Islam, 1913–1936*, c. III, E.J. Brill, Leiden 1987, s. 101–105.
- Haffif, Ali el-, *ad-Damân fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, el-Matbe'atü'l-Fenniyye, Bulak 1971–1973.
- Heyd, Uriel, *Studies in old Ottoman criminal law*, Victor Louis Ménage (haz.), Oxford University Press, Oxford 1973.
- Hurgronje, Christiaan Snouck, *Selected works of C. Snouck Hurgronje*, Georges-Henri Bousquet, Joseph Schacht (haz.), E.J. Brill, Leiden 1957.
- Joseph, Sabrina E., *Islamic law on tenancy and sharecropping in late sixteenth through early nineteenth century Syria*, yayınlanmamış doktora tezi, Georgetown University, Washington, D.C. 2005.
- Kahraman, Abdullah, “İslam hukukunda şahsa (nefse) kefalet müessesesi ve Türk Ceza Muhakemeleri Hukuku'ndaki teminatla salıverme müessesesi ile mukayesesi”, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, II/1/(1998), s. 301–328.
-, *İslam borçlar hukukunda kefalet sözleşmesi ve günümüzdeki tatbikatı*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı, İstanbul 2008. (Kahraman, *Kefalet sözleşmesi*)
- Kaya, Süleyman, *XVIII. yüzyıl Osmanlı toplumunda nazari ve tatbiki olarak karz işlemleri*, yayınlanmamış doktora tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007.
- Kırlı, Cengiz, “Devlet ve istatistik: Esnaf kefalet defterleri ışığında III. Selim iktidarı”, *Nizam-ı Kadim'den Nizam-ı Cedid'e III. Selim ve dönemi / Selim III and his era from ancien régime to new order*, Seyfi Kenan (ed.), İSAM, İstanbul 2010, s. 183–212.
- Özcan, Tahsin, “Osmanlı mahallesi: Sosyal kontrol ve kefalet sistemi”, *Marife*, I/1 (2001), s. 129–151.
- Özlü, Zeynel, *XVIII. ve XIX. yüzyıllarda Osmanlı Devleti'nde adli mekanizmanın analizi: Bolu-Göynük örneği*, Berikan Yayinevi, Ankara 2007.
- Sâlûs, Ali Ahmed es-, *el-Kefâle ve tatbikâtühe'l-müâsıra: Dirâse fi'l-fıkhi'l-İslâmî mukârenen bi'l-kânûn*, 2. bsk., Mektebetü'l-Felâh, Kahire 1987/1407.
- Saydam, Abdullah, “Kamu hizmeti yaptırma ve suç önleme yöntemi olarak Osmanlılarda kefalet usulü”, *Tarih ve Toplum*, sy. 164, (1997), s. 4–12.
- Schacht, Joseph, *An introduction to Islamic law*, Clarendon Press, Oxford 1964.
- Turna, Nalan, “Pandemonium and order: Suretyship, surveillance, and taxation in early nineteenth-century İstanbul”, *New Perspectives on Turkey*, sy. 39, (2008), s. 167–189.

- Turner, Bryan S., *Max Weber ve İslam: Eleştirel bir yaklaşım*, Yasin Aktay (çev.), Vadi Yayınları, Ankara 1991.
- Türk hukuk lügatı*, Maarif Vekaleti, Ankara 1944.
- Udovitch, Abraham L., *Partnership and profit in medieval Islam*, Princeton University Press, Princeton 1970.
- Uysal, Osman, “XIX. yüzyılda Osmanlı’da iç güvenlik ve asayişin temini açısından kefalet sistemi”, *Balıkesir Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Karesi Tarih Kulübü Bülteni*, 2007, http://karesitarih.balikesir.edu.tr/1_XIX_yuzyil_kefalet.pdf, erişim tarihi: 18.08.2009.
- Weber, Max, *Economy and society: An outline of interpretive sociology*, Guenther Roth, Claus Wittich (haz.), University of California Press, Berkeley 1978.
- Zeydân, Abdülkerîm, *el-Kefâle ve’l-havâle fi’l-fıkhî’l-mukâren me’a mukaddime fi’l-hılâf ve esbâbih*, Mektebetü’l-Kuds, Beyrut 1975/1395.

Hukukun Tarihini Yazmak: Yeniden İnşa, Anlatı, Kurgu?*

Michael Stolleis** (çev. Muhammed İkbâl İmamoğlu***)

Bu makale, üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde yazar, tarih metoduna dair tartışmaların hukuk tarihi alanında da gündeme gelmesinin kaçınılmaz olduğunu söyledikten sonra, hukuk tarihi çalışmalarında benimsenen üç temel yaklaşım tarzına işaret etmektedir. İkinci bölümde, Almanya’da on dokuzuncu ve yirminci yüzyıllarda hukuk tarihi biliminin tarihine yön vermiş olan çeşitli felsefi akımlara, bu akımların temsilcilerine ve onların eserlerine değinilmektedir. Ana hatlarıyla ele alınan felsefi akımlar şunlardır: Alman idealizmi, doğal hukukçuluk, pozitivizm, tarihselcilik, kavramsal gerçekçilik, Yüzyılın Sonu akımı, yeni-Kantçılık, neo-klasisizm, konzervatizm, nasyonal sosyalizm, değer felsefesi, Katolik toplum düşüncesi, materyalizm, neo-Marxizm, analitik felsefe, dilsel dönüşüm ve postmodernizm. Bunlardan başka yazar, hukuk tarihi yazımının, dönemin toplumsal, siyasi ve iktisadi gelişmeleriyle de yakından ilgili olduğunu vurgulamakta ve bu meyanda şu süreçlerin etkilerine dikkati çekmektedir: İkinci Dünya Savaşı sonrasında Almanya’nın nasyonal sosyalist geçmişiyile yüzleştiği ve Batı dünyasına entegre olmaya çalıştığı süreç, savaş sonrası dönemde yaşanan hızlı iktisadi kalkınma, 68 kuşağı hareketi, Avrupa’nın bütünleşmesi süreci ve küreselleşme. Bu bölümde yazar ayrıca, hukuk tarihçisinin elindeki malzemeyi sağlıklı bir şekilde değerlendirebilmesini engelleyen, tarihsel malzemenin oluşması ve tarihsel bilginin aktarılması süreçlerinde rol oynayan subjektif

* Bu metin, benim şu denememin değiştirilmiş ve geliştirilmiş hâlidir “Rechtsgeschichte als Kunstprodukt. Zur Entbehrlichkeit von ‘Begriff’ und ‘Tatsache’ [“Bir Sanat Eseri Olarak Hukuk Tarihi: ‘Kavram’ ve ‘Vâkıa’nın Gereksizliğine Dair], Würzburger Vorträge zur Rechtssphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, nr. 22 [Hukuk Felsefesi, Hukuk Teorisi ve Hukuk Sosyolojisi’ne Dair Würzburg Tebliğleri nr. 22], Baden-Baden 1997. Metin, üç yönden gelen sözlü ve yazılı itirazlara karşı bir cevap niteliğindedir. Bu itirazları yapanlar şunlardır: Tarihçilerin, “kavramlar”ın faydalı olup olmadığı noktasındaki şüphelerini paylaşmayan filozoflar; aslolanın “vâkıalar”ın araştırılması olduğunda ısrar eden tarihçiler ve ilkesel bir ödev olarak “hakikat”e ulaşmaya çalışmak gerektiği fikrinden vazgeçmek istemeyenler [Tercümeyle esas aldığımız metin, ayrıca müstakil bir kitapçık olarak da yayınlanmıştır: Michael Stolleis, Rechtsgeschichte schreiben: Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?, Schwabe Verlag, Basel 2008. (çev. notu)]

** Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult., Max-Planck-Institute for European Legal History.

*** Doktora öğrencisi, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg Hukuk Fakültesi. Metinde köşeli parantez içerisine alınan ifadeler, anlam bütünlüğünü sağlamak üzere tarafımızdan ilave edilmiştir. Ali Adem Yörük ve M. Talha Çiçek’e metnin, Mustafa Yaylalı ve Emin İslam Tatlı’ya ise İngilizce özetin tashihi aşamasındaki katkılarından dolayı teşekkür ediyorum.

faktörlerin gözardı edilmesi ya da anakronizme düşülmesi gibi bir takım tehditlerden ve bunların nasıl aşılabileceğinden bahsetmektedir. Bu bağlamda yazara göre, sözcükler ile “kavramlar” ve “vâkıalar”ın arasında katı ayrımlar yapmak da tarihsel malzemenin mâkul bir şekilde anlaşılmasına engel olmaktadır. Zira bu türden bir ayırım, onların farklı işlevlerinin dikkate alınmamasına, metnin dışındaki gerçeklikle bağlarının kesilmesine ve müzakere süreçlerinde kazanabilecekleri muhtelif anlamların göz ardı edilmesine yol açmaktadır. Benzer şekilde, yalnızca kavramlar üzerinde durarak tarihsel hakikate ya da dilin çizdiği çerçeveyi aşarak onun “arkasında”ki gerçekliğe ulaşmanın mümkün olduğunu düşünmek de yazara göre hatalı bir yaklaşımdır. Bu bölümün son kısmında yazar, tarihyazımı ve edebiyat arasında metot noktasında var olan benzerlikler ile farklılıklara, bu iki yazım türünün hangi kıstaslar eliyle birbirlerinden ayırdebileceklerine ve bu sahaları yekdiğerinden farklılaştıran metodolojik sınırları ihlâl etmenin beraberinde getireceği sorunlara değinmektedir. Üçüncü bölümde ise yazar, tarih biliminin bir şubesi olan hukuk tarihinin, hukuk eğitimi veren kurumlar bünyesinde kendine özgü bilimsel bir karakter kazanabilmesi ve bunu koruyabilmesi, hukuksal dogmatizmin gölgesinden kurtularak bağımsız bir yaklaşım tarzı geliştirebilmesi için yerine getirmesi gereken şartların neler olduğuna, hukuk tarihçisinin ödevlerine, ulus-merkezli hukuk tarihçiliği döneminin sona erdiği bu zamanda hukuk tarihinin geleceğe yönelik vazifelerine ve bu vazifelerin ifa edilebilmesi için nasıl bir altyapının hazırlanması gerektiğine işaret etmektedir.

Anahtar kelimeler: Hukuk tarihi metodolojisi, tarihyazımı, hukuk tarihçiliğinin bilim tarihi, tarih felsefesi, hukuk eğitimi, Avrupa Hukuk Tarihi, Osmanlı Hukuk Tarihi, Almanya

Writing Legal History: Reconstruction, Narration, Fiction?

This article is made up of three main parts. In the first part, the author emphasizes that legal historiography would be inevitably influenced by the discussions on historical method and continues with identifying three guiding positions in legal-historical scholarship. In the second part he outlines the philosophical traditions which gave direction to the legal-historical scholarship in 19th and 20th centuries in Germany. The elucidated traditions were as follows: German idealism, natural law tradition, positivism, historicism, conceptual realism, Fin de Siècle, neo-Kantianism, neoclassicism, conservatism, national socialism, value-ethics, Catholic social teaching, materialism, neo-Marxism, analytic philosophy, linguistic turn and postmodernism. Additionally, the author also stresses on the close relations between social, political and economical characteristics and the leading methodological positions of a period. On this note he exemplifies briefly the impacts of the following processes and developments on the legal-historical scholarship: the processes of denazification and Western integration after the World War II, rapid reconstruction and development of the economy of West Germany in the post-war era, social movement of 1968, European integration and globalization. After picturing of mental and material framework, the author deals with the threats like disregarding of the influences of the subjective factors on the genesis and interpretation of historical materials or anachronism which prevent the legal historian from a sound consideration of his subject matter. During these reflections the author examines the ways how these threats could be overcome. Furthermore, he argues that separating words and “terms” or

“facts” categorically from each other would undermine an adequate understanding of historical material. Because such a separation would lose sight of their different functions, cut their ties with the reality beyond the text and dismiss their various interpretations within different discourses. Likewise it would be a faulty approach to think that the historical truth could be discovered only by analyzing the terms or that the facts “beyond” the language may be reached by transcending the linguistic framework. At the end of this part the author stresses on the similarities and differences between the methods of historiography and literature. After indicating the criteria, which help to identify them and distinguish from each other, he mentions the problems which result from blurring the lines between these methods. The last part of the article points out the scientific strategies which are to be followed if the legal history as a part of the science of history should be able to have an authentic academic character without being instrumentalized by legal dogmatism within the institutions where legal education takes place. In this context, the author explains the future tasks of legal history in the today’s post-national period and the requirements which are to promote if these tasks should be managed.

Keywords: Methodology of legal history, historiography, history of legal-historical scholarship, philosophy of history, legal education, European Legal History, Ottoman Legal History, Germany

*Bukalemun, renklerini ortaya çıkartmak için kim üzerine eğilirse onun gölgesinde koyulaşır.*****

Samuel T. Coleridge, *Aids to Reflection*, 1825

I

Tarih biliminin metoduna dair sorular ne öğrenciler, ne meslektaşlarımız ve ne de daha geniş çaplı olarak kamuoyu nezdinde bir heyecan uyandırmak için yeterli gelmemektedir. Bu soruların faydasız ve kuru olduğuna dair genel bir kanaat hakimdir. Fakat buna rağmen, tarihi olayların anlatılmasının yine de bir cazibesinin olduğu gözlenmektedir. Bunun da en bariz göstergesi, günümüzde en çok rağbet edilen kitapların türleridir: Ortaçağ’da kadınların kaderine dair kitaplar, belirli bir şehirde geçen polisiye romanlar ve biyografiler. Her ne kadar metotla ilgili meseleler bize verimsiz topraklar gibi görünse de, tarihte yaşanmış olayları dinlemek, merakımızı gidermekte, belki önceden beri bildiğimizi zannettiğimiz tarihsel olaylara dair yeni bakış açıları kazandırmakta ve -deyim yerindeyse- bize “hayat”ın kendisini göstermektedir. Bu noktada bir çok kişinin aklına Goethe’nin kahramanlarından Mephisto’nun söylediği felsefe karşıtı şu dizeler gelmektedir: “Sana derim ki: Spekülasyon

**** *The chameleon darkens in the shade of him who bends over it to ascertain its colours.*

yapan bir adam, kurak arazide gezen bir hayvan gibidir, / Bu insan, kötü bir ruh tarafından yönlendirilmektedir, / Halbuki etrafı yeşilliklerle çevrilidir.” Bu dizeler, meseleye dair sempatik bir bakış açısını dile getirir. Ancak tarihsel olayların hikaye edilmesi, sorgulayıcı düşünceden kaçmak için kullanılmamalıdır. Zira metotla ilgili sorulardan kurtulmak mümkün değildir. Bunlar, tarihçi için hayati öneme sahiptir. Çünkü tarihçinin şu sorular hakkında hesap vermesi gerekir: “Yaptığım aslında nedir?”, “Ne istiyorum?”, “Söylediğim şeylerin ucu nereye varmaktadır?”, “Neyi mâkul bir şekilde belgeleyebilirim?”, “Başkalarının hâtıralarına güvenebilir miyim?”, “Peki, kendiminkilere ne kadar güvenebilirim?”. Her ne kadar tarihçiler bu sorularla ilgili olarak doğrudan birşeyler söylemezlerse de, bu sorular onların aslında çalışmalarının her aşamasında zihinlerini meşgul etmektedir. Tarihçinin, bir sahaya dair kendi özel malumatını bir anlatı şekline sokmaya yönelik teşebbüsünün ilk adımında bu sorular tetiklenir ve en son, kitabının tanıtım gününde ona sorulan şu soru ile zirveye ulaşır: Kitabınızda gerçekten ne söylemek istediniz?

Her ne kadar hukuk tarihi bölümü akademik olarak normalde hukuk fakülteleri bünyesinde yer alıyor olsa da, onun meşgul olduğu esas sorular aslında tarihin alanına girmektedir. Bundan dolayı hukuk tarihi, tarih biliminin bir alt dalıdır. Hukuk tarihinin cevabını aradığı en temel soru, geçmişte bir hukuk düzeninin nasıl işlediğidir. Bu meyanda hukuk tarihi, hukuk kurallarının örf ve adetler ya da yasama faaliyeti eliyle nasıl oluştuğu, hukukçular ve vatandaşlar tarafından nasıl algılanıp uygulandığı, gündelik hayatta idari kurumlar veya mahkemeler tarafından nasıl pratiğe aktarıldığı sorularıyla ilgilenir. Geniş anlamda baktığımızda, hukuk tarihi aslında bir bütün olarak hukuk düzenlerinin tarihsel bağlamını ve hukuk kurallarının kültürle nasıl bir ilişki içerisinde olduğunu inceleyen bilim dalıdır. Bu nedenle o, kültür ve düşünce tarihinin de parçasıdır ve bunun bir sonucu olarak kültür antropolojisi, gündelik hayata ilişkin tarihsel araştırmalar, dinler tarihi ve siyasi tarih alanları ile de irtibatla olmak zorundadır. Hukuk tarihi, kendi araştırma konusunu, hukukun mahiyetine dair olarak bir şekilde benimsemiş olduğu “önbilgi”yi kıstas almak suretiyle tarihsel malzeme içerisinde bir ayıklama ve soyutlama yaparak elde eder. Bu noktada o aslında siyasi tarih, iktisat tarihi veya toplumsal tarih alanları ile aynı yöntemi takip etmektedir. Zira bunların hepsi de, tarihsel bilgi bütünü (*histoire totale*)* içerisinde kendi yazmak istedikleri tarih açısından önemli buldukları verileri seçerler ve anlatılarını bunların üzerine inşa ederler.

* Burada kavram, tarih biliminin ilgi alanına giren malzemenin prensip itibarıyla sınırsız olduğunu ifade etmek için kullanılmıştır. Fakat tarih metodolojisi alanında, aynı adla

Bu nedenle, her ne kadar bu konuda biraz çekimser davranılıyorsa da, tarih biliminin metoduna dair tartışmaların hukuk tarihi alanında da günde- me geliyor olmasında şaşılacak bir şey yoktur. Nitekim bugün her iki alanda da şu sorular sorulmaktadır: “Postmodern dönemde tarih yazmak” ne anlama gelmektedir?¹ Bugüne kadar yapılageldiği şekliyle kaynakların birbiri ardına yorumlanması, tarihsel hakikatin bir şekilde ortaya çıkması için yeterli ol- maz mı? Ya da, kişinin kendisini yalnızca -tarihte bir şeyin “muhtemelen na- sıl olduğu”nu anlatan- bir anlatıcı olarak görmesi durumunda, bireyleri aşan bir hakikatin bulunduğu iddiası rafa kaldırılmış olmaz mı? Bu sorulara hem tarihçilerin, hem de hukuk tarihçilerinin cevap bulması gerekmektedir.²

Tarih ile hukuk tarihine yöneltilen beklentiler de farklılık arz etmek- tedir. Kimisi kendisini “Clio’nun rahibi”^{*} zannederek, hakikati “tarihten

anılan bir ekolün de bulunduğuna işaret etmek faydalı olacaktır: Histoire totale eko- lü, Annales Ekolü tavrının gelişmesinde de kurucu rol oynamış olan Fransız tarihçi Luci- en Febvre (1878–1956) tarafından geliştirilmiştir. “Bu ekol, zaman ve mekan bakımından dar bir biçimde sınırlandırılmış olan bir çerçeve içerisinde hareket etmek suretiyle muh- telif disiplinler arasındaki sınırları aşmaya çalışır. Yalnızca siyasi tarih, iktisat tarihi ya da kültür tarihi alanlarından birisiyle kendisini sınırlandırmaz, aksine bunların hepsini sentezlemeye gayret eder. Bunu yaparken o, gündelik hayatın gerçekliği açısından bakıl- dığında bu boyutların birbirlerinden ayıramayacağı ve ancak böyle bir yaklaşım tarzı- nın bütüncül bir kavrayışı mümkün kılabileceği önkabulden yola çıkar. Dar bir coğrafya, yani bir yöre ya da şehir düzeyinde ve dar bir zaman diliminde, çeşitli etkenlerin karşılıklı olarak birbirlerinin ortaya çıkışlarını nasıl etkilediklerini ve nasıl birbirleriyle içiçe gir- diklerini araştırır. Tarihin oluşumuna tesir eden etkenlerin tamamını aynı anda hesaba katmak sûretiyle, tarihin karmaşık yapısını doğru bir şekilde ortaya koymaya çalışır. Bu tavır, tarihsel olayların değişkenliğine ve çok yönlülüğüne rağmen örgüsü tutarlı bir şekil- de kurulmuş bir metin ortaya koyması gereken tarihçi/yazar açısından meydan okuyucu bir tavidir. Fransız Annales Ekolü’nün bu tavrı, Almanya’da, çoğunlukla sosyal bilimle- rin bakış açısıyla irtibatlı olarak yapılan mikro tarih çalışmalarının gelişmesinde etkili olmuştur. Bkz. Stefan Haas, “Universalgeschichte”, www.geschichtstheorie.de (Enzyk- lopädie der Geschichts- und Wissenschaftstheorie) [Tarih ve Bilim Teorisi Ansiklopedi- si] içinde, Stefan Haas (haz.). <http://www.geschichtstheorie.de/1.1.3.2.html>. (çev. notu)

1 Christoph Conrad, Martina Kessel (haz.), *Geschichte schreiben in der Postmoderne* [Postmodern Dönemde Tarih Yazmak], Reclam, Stuttgart 1994.

2 Joachim Eibach, Günther Lottes (haz.), *Kompass der Geschichtswissenschaft* [Tarih Biliminin Pusulası], Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2002.

* “Clio”, Eski Yunan’da Tarihyazımı Tanrıçası’nın adıdır. Tarihçiler ise bu tanrıçanın rahipleridir. Burada “Clio’nun Rahibi” (*Priester der Clio*) tabiri, yalnızca geçmişe dair araştırma yapmakla yetinmeyip, bir “rahip” edasıyla geleceğe yönelik olarak da nasihatlerde bulunabileceğini zanneden tarihçileri kast etmek amacıyla kinayeli bir şekilde kullanılmıştır (Bu ilave bilgi, yazarın kendisi tarafından şahsıma ayrıca verilmiştir.) (çev. notu)

öğrenme”nin mümkün olduğu parolasıyla hareket edip, geleceğe dair bir yön tayin etme hakkını kendinde görürken, diğerleri bu yaklaşım tarzına karşı alerjik bir tepki göstermekte ve “yön tayin etme” ya da “hakikati bulma” iddialarını reddetmektedir. Bu iki farklı tutumu, hukuk tarihi alanında da görmek mümkündür. Hukuk tarihçilerinin bir kısmı, çalışmalarıyla “Avrupa’nın İnşası” projesine katkı sağlayarak faydalı olmaya gayret etmekte, diğerleri ise tarihsel çalışmalara ağırlık vermekte ve gündelik hukuki problemlere karşı mesafeli bir tutum takınmaktadır. Fakat herhalde bir çoğu da uzlaştırıcı bir tavır arayışı içerisinde ve bir yandan uygulamaya yönelik olarak yapılan hukuk tarihi araştırmalarının meselelere bakış açısının daha dar olacağını ve bunların muhtemelen siyasi çevrelerin elinde oyuncak haline geleceğini kabul ederken, diğer yandan da “asıl işleri”nin kendi şahsi görüşleri ve araştırma alanları açısından esaslı, önemli ve açıklayıcı olduğuna kanaat getirdikleri konularda çalışmak olduğunu düşünmekte ve birilerine hizmet ediyor olmaktan kaçınılmaktadırlar.

II

Bu sorular etrafında meseleyi daha açık bir şekilde ortaya koyabilmek için, hukuk tarihi disiplininin kendi bilim tarihine bakmakta fayda vardır. Tabiidir ki, makul bir anlatım tarzını nasıl geliştirebileceği noktasında hukuk tarihi alanı da -tarihyazımı ile ilgilenen diğer tüm alanlarda olduğu gibi- benzer bir ikilem içerisinde. Fakat bu noktada onun bakış açısını kendine has kılan şey, onun kendisine gözlemci pozisyonunu esas almasıdır. Yani hukuk tarihi, birbirini takip eden farklı nesillerin ne tür tasavvurlar oluşturduklarına, bu tasavvurlardan hangisinin nasıl anlatılmasının faydalı olacağına dikkatini yoğunlaştırır ve bunu yaparken de mümkün mertebe dışarıdan, sürecin yabancısı olan birisinin zaviyesinden bakarak gözlemler yapar. Bilim tarihi ise, gözlemcilerin kendisini gözler ve onlar hakkında bir anlatı kurar. Her ne kadar o, bu anlatıyı, gözlemcilerin takındıkları tavırların zayıf yönlerini, zihinsel ve psikolojik önkabullerini kınamadan kurarsa da, yine de müşahhas bir gözlemcinin tavrının ilgili araştırma sahasının marjinal bir bölgesinde durduğunu söyleyebilir ve bu tavrıdaki karışık yönlerle, muğlak noktalara dikkat çekmeye çalışır.

A. Tarih Biliminin Tarihine Dair

Alman idealizminin tarih felsefesi ve ilhamını ondan alan tarihyazımı, Hegel’in ölümüyle (1831) son demlerini yaşar hale gelmişti. Her ne kadar bir

kısım anayasa hukukçuları, ceza hukukçuları ve medeni hukukçular Hegel'in kavramlarını kullanmaya devam etmişlerse de, felsefe karşıtı kesimler daha güçlüydüler. Bunlar, "gerçeklik" in ve "vâkıalar" ın daha fazla ciddiye alınması, spekülâtif tarih felsefesinden vazgeçilerek "pozitivizm" e rağbet edilmesi gerektiği iddialarını dillendirmişlerdir. Bu aşamada, yeni bir bakış açısının geliştirilmesi gerektiği fark edilmiş ve doğa bilimlerine daha sıkı bir şekilde bağlı kalınması, Darwin'in gelişim kanunlarına benzer kanunların keşfedilmesi gerektiği düşüncesi hakim olmuştur. Her ne kadar bu yeni yaklaşım tarzının "ilerleme" ye olan inancı yeni bir tür metafizik anlayışının unsurlarını taşıyorduyse da, asıl önplanda duran, -bilhassa 1848 senesi sonrasında yaşanan siyasi hayal kırıklıklarının da etkisiyle- "gerçeklik" karşısında hayranlık duymak olmuştur.

Tarih bilimine "tarihselci" bir bakış açısıyla yaklaşan tavır, vaktiyle, tarihsel kaynakları eleştirel bir şekilde yayınlanmaya çalışan hayret verici bir kolektif gayreti tetiklemişti. Bu gayret, 1819 yılında, dev bir teşebbüs olan "Monumenta Germaniae Historica" ile çoktan başlamış ve mezar buluntularının, paraların, vitrayların, kitabelerin, sözlüklerin, on dokuzuncu yüzyılda parlayan dernek ve akademi tarzı yapılanmaların hazırladığı dilbilgisi kitaplarının yayınlanmasıyla ve Theodor Mommsen ile Adolf von Harnack'ın neredeyse bir fabrika şeklinde çalışan girişimleriyle devam etmişti. Tüm gerçekliği ortaya çıkartmaya çalışan bir pozitivizm anlayışının taleplerinin ancak yapılacak saha araştırmalarının farklı projelere bölünmesi ile karşılanabileceğinin ve bu işin üstesinden gelmenin ise yalnızca uzun vadede mümkün olabileceğinin fark edilmesi üzerine, işbölümüne dair sanayide hakim olan metotlar benimsendi. Bundan sonra artık bilim camiası "büyük bir işletme" ye³ dönüştü ve bugün de bu şekilde çalışmaya devam etmektedir. Hukuk tarihi alanında Mommsen ve Krüger *Digestler*'i, Emil Friedberg *Corpus iuris canonici*'yi, Carl Gustav Homeyer *Sachsenspiegel*'i yayınladı. Ortaçağlı hukuk bilginlerine ait sayısız belge ve metnin yayınlanması yanında, Alman kavimlerinin hukuklarına, farklı derebeyliklerin ve şehir devletlerinin hukuk düzenlerine, köylerde kullanılan hikmetli sözlere ve daha birçok şeye dair çok sayıda yayın yapıldı.

On dokuzuncu yüzyılın sonlarına henüz gelinmişti ki, bu akım da kendi muhalefetini doğurdu. Kültüre karşı kötümser yaklaşan bir ruh halinin hâkim

3 Kurt Nowak, Otto Gerhard Oexle (haz.), *Adolf von Harnack, 1851-1930: Theologe, Historiker, Wissenschaftspolitiker* [Adolf von Harnack, 1851-1930: Teolog, Tarihçi, Bilim Siyasetçisi], Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2001.

olduğu Yüzyılın Sonu (*Fin de siècle*) akımının oluşturduğu atmosfer içerisinde yeni şüpheler ortaya çıkmaya başladı: Kaynakları üstüste yığmanın bize ne faydası var? Antikaların var olmasının anlamı nedir? Basel şehrinde Jakob Burckhardt ile birlikte hatırlanması gereken şahıslardan olan Friedrich Nietzsche, 1873 yılında kendi zamanındaki gidişatın dışında kalan gözlemlerini aktardığı meşhur “Tarihin Hayat İçin Faydasına ve Zararına Dair” başlıklı yazısında, tarihsel düşünceyi ve tarihle uğraşmayı “zararlı, eski zamanların kalıntısı ve yaşadığı zaman dilimi için bir ayıp” olarak nitelendirmişti. Zira Nietzsche’ye, tarihçilerin büyük bir işletme şeklindeki çalışma tarzlarından bıkkınlık gelmişti. On yıl sonra telif ettiği *Böyle buyurdu Zerdüş*t adlı eserinde Nietzsche, alaycı bir üslupla kendisinin artık bilginler zümresinden ayrıldığını söyledi. Çünkü ona göre bilginler, sadece çetin sorularla didişmekte, ortalığı toza dumana bulamakta, ruhun derinliklerine inememekte, yüzeysel meselelerde boğulmakta ve çeşitli ayak oyunları ile uğraşmaktaydılar.

Diğer yandan ise modern mantıkta, bilim teorisinde ve dil felsefesinde pozitivist tarihçi anlayış keskinlik kazanmaktaydı (Ernst Mach, Moritz Schlick, Rudolf Carnap, Ludwig Wittgenstein).⁴ Bunlar, metafizikten arta kalan kalıntıların izini takip etmek suretiyle, dinin ve idealist tarih metafiziğinin çökmesinin ardından, bilimsel bilginin üzerinde tekrar inşa edilebileceği yeni bir teorik zemin arayışı içerisine girdiler. Hukuk bilimi alanında, yeni-Kantçı anlayıştan, 1900 yılı civarında Hans Kelsen’in kurduğu Viyana Okulu’nda geliştirilen Saf Hukuk Kuramı (*Reine Rechtslehre*) neşet etti.

Bu şekilde karşılıklı zıtlasmalarla parçalanmış bir zemin üzerinde tarih biliminin metodolojisi de ayrışmalara sahne oldu. 20’li yılların hakim görüşü, özellikle *Historische Zeitschrift* Dergisi bünyesinde klasik siyasi tarih ve düşünce tarihi çalışmalarına devam etti. Bu çalışmalarda toplumsal tarih ve iktisat tarihi alanları arkaplana itildi. Onların anlayışına göre, düşünce tarihi de en nihayetinde -Eflatun’un felsefesinde olduğu gibi- sonsuza kadar geçerli olacak bazı fikirlerin veya antropolojik unsurların tarihsel akışa tesirlerinin incelenmesini konu alıyordu. Bunlar, bu ezeli ve ebedi fikirlerin tarihte zaman zaman nasıl gözden yitirilip tekrar muzaffer bir şekilde günyüzüne

4 Manfred Geier, *Der Wiener Kreis: Mit Selbstzeugnissen und Bilddokumenten* [Viyana Halkası/Ekolü: Kendi Belgeleri ve Görsel Malzemeleriyle Birlikte], Rowohlt, Reinbek 1992; Clemens Jabloner, Friedrich Stadler (haz.), *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre: Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule* [Mantıksal Ampirizm ve Saf Hukuk Kuramı: Viyana Halkası/Ekolü ve Hans Kelsen-Okulu Arasındaki İlişkiler], Springer, Viyana 2001.

çıktıklarından bahsediyorlardı. Mesela Friedrich Meinecke, 1924 yılında, Krathos [Güç] ve Ethos [Ahlak] arasında ezelden beri devam edegelen sür-tüşmeyi göstermeye çalıştı.⁵

B. Hukuk Tarihinin Tarihine Dair

Hukuk tarihi de kendisini bu idealist düşünce şekliyle bağlı hissetti. Bu bağlılık, uluslararası alanda birbirleriyle irtibatlı olarak yürütülen Roma Hukuku araştırmalarına nisbetle Alman milli hukukuna yönelik olarak yürü-tülen hukuk tarihi araştırmalarında daha güçlü idi. Bu araştırmalar, Alman İmparatorluğu'nun (*Deutsches Reich*) kurulmasından (1871) birkaç on yıl ön-cesinde başlamış ve Weimar Cumhuriyeti'nin (1918–1933) sonlarına kadar, çalışma alanlarını Antik Dönem Hukuk Tarihi'ne, özellikle de İndo–Cermen Hukuk Tarihi'nin görünümlerine doğru genişletmişti.⁶ Alman Dili uzmanları, on dokuzuncu yüzyılda ortaya çıkan uyuşmazlıklardan sonra çalışma alan-larını, milli hukuk tarihinden kuzey ülkeleri ile karşılaştırmalı hukuk tarihi alanına doğru kendi çaplarında genişletmeye çalışmışlardı. Fakat geriye doğru baktığımızda, bu çalışmaların, on dokuzuncu yüzyılın sonlarından beri süre-gelen modernizm karşıtı düşünce akımları içerisine bunlardan sıyrılamaya-cak derecede batmış olduğunu ve “Almanlar’a özgü hukuk fikri” (*germanische Rechtsidee*) ile Alman milliyetçiliğinin, “Konzervatif Devrim”in (*Konservative Revolution*) ya da nasyonal sosyalizmin siyasi amaçlarını birbirlerine bağla-dığını görürüz. Bu noktada yelpaze, Felix Dahn, Heinrich Brunner, Karl von Amira ve Otto von Gierke'den Claudius von Schwerin ve Herbert Meyer'e ka-dar uzanır. Nasyonal sosyalizmin çöküşünden kısa bir zaman sonra Heinrich Mitteis, “Hukuk Tarihinin Hayat İçin Değeri”nin, önüne gelen tarihsel malze-me içerisinde hürriyet ve adalet fikirlerinin parlayan yüzlerinin ortaya çıkar-tılmasında olduğunu söyledi.⁷ Bu söylem aslında, İkinci Dünya Savaşı'ndan

5 Michael Stolleis, “Friedrich Meineckes *Die Idee der Staatsräson* und die neuere Forschung” [“Friedrich Meinecke'nin *Devletin Mantığı/Çıkarı Fikri* Adlı Eseri ve Yeni Araştırmalar”], *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit* [*Yeniçağın Erken Döneminde Devlet ve Devletin Mantığı/Çıkarı*] içinde, Michael Stolleis, Suhrkamp, Frankfurt 1990, s. 134–164.

6 Franz Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte: Erster Abschnitt* [*Roma Hukuku Tarihi: İlk Kısım*], Beck, Münih 1988, s. 11, 36 vd. Bu sayfalarda, Ludwig Mitteis ve Leopold Wenger'in farklı taslaklarına dair ilgili kaynaklara atıflar vardır.

7 Heinrich Mitteis, *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte* [*Hukuk Tarihinin Hayat İçin Değerine Dair*], Böhlau, Weimar 1947. Bu kitap, Böhlau Yayınevi tarafından, 1947 yılında Marburg'da toplanan hukuk tarihçileri gününde katılımcılara hediye edilmişti. Bu konuyla ilgili olarak bkz. Ogorek (dn. 12), s. 34 ff.

sonra hukuk tarihçilerinin temel inançlarında bir kırılmanın yaşandığını gösteriyordu. Artık hukuk tarihi, yol gösterici “fikirler”in ortaya çıkartılması için çalışmalıydı.⁸ Nasyonal sosyalizmin yaptığı sürgünler sebebiyle bilimsel açıdan önemli ölçüde zayıflamış olan Roma Hukuku alanında, Paul Koschaker’in 1938 yılında tesbit ettiği⁹ kriz belirtileri yeniden görülmeye başlandı. Bir tarafta, kendilerini antik dönem çalışmalarına bağlı hisseden ve bu sahada “hukuk” üzerine ayrı bir çalışma alanı açmış olan bir ekip yoluna devam ediyordu. Diğer tarafta ise, yürürlükte olan hukuk ile yeniden bir bağlantı kurmaya çalışan ve böylece bir yandan yürürlükte olan hukukun dogmatikliğini zengin tarihsel birikim ile irtibatlandırırken, diğer yandan da hukuk tarihini medeni hukuk alanıyla yakın ilişki içerisine sokmak suretiyle onun hayat hakkını güvence altına almayı amaçlayan bir çizgi vardı.¹⁰ Avrupa’nın bütünleşmesi sürecinde, bunlara ilaveten bir de hukuk tarihini -mukayeseli hukuk ile birlikte- gelecekte ortaya çıkacak olan Avrupai Hukuk Bilimi’nin (*europäische Rechtswissenschaft*) temelini oluşturan alanlardan birisi haline getirmeye çabalayan bir başka güçlü akım daha belirdi.

İkinci Dünya Savaşı’ndan sonraki ilk birkaç on yıl içerisinde, hukuk tarihi alanında da dünya görüşünü ilgilendiren meselelerde çekimser bir tavır hakim oldu. Bu dönemde, hem Alman idealizmi geleneğinin atıf yaptığı ezeli ve ebedi değerlere, hem Katolik toplum düşüncesinin kaide koyucu (*normative*) düzen anlayışına ve hem de Theodor Litt, Max Scheler ve Nicolai Hartmann tarafından temsil edilen değer felsefesine (*Wertphilosophie*) karşı mesafeyle yaklaşıldı. Bu yaklaşım tarzı, -somuta indirgendiğinde- aslında hukuk tarihi için içerisinde bulunulan zaman diliminde kabul gören düşünce tarzlarıyla uyumlu yeni bir antropolojik temelin ve yönelişin tesbit edilmesi gerektiği anlamına geliyordu. Aynı zamanda medeni hukuk dogmatikğine de bir katkı da bulunmak isteyen Roma Hukuku tarihçisi için bu yeni eğilim, en azından şu manaya geliyordu: Artık o da çalışmalarında, Roma Hukuku’nun içkin aklı

8 Buna dair eleştirel bir bakış için bkz. Sten Gagnér, *Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen I: Eine Bestandsaufnahme aus den sechziger Jahren* [Yakın Dönem Hukuk Tarihi Araştırmalarında Kullanılan Metodolojiye Dair I: 60’lı Yıllara Yönelik Bir Durum Tesbiti], Gremer, Ebelsbach 1992, s. 9 vd.

9 Paul Koschaker, *Die Krise des römischen Rechts und die romantische Rechtswissenschaft* [Roma Hukuku’nun Krizi ve Romantizmin Hukuk Bilimi], Beck, Münih 1938; bu yazının geliştirilmiş hali için bkz. a.mlf., *Europa und das römische Recht* [Avrupa ve Roma Hukuku], Biederstein, Münih & Berlin 1947.

10 Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht* [Avrupa ve Roma Hukuku], 1947, 4. tıpkı basım, Beck, Münih 1966.

ile ya da zaman içerisinde değişkenlik gösterse de esas itibarıyla değişime karşı dirençli bir çekirdeği bünyesinde barındıran geleneksel hukuk biliminin temel hukuk formülleriyle bağlantı kurmaya çalışmalıydı. O zamanlarda metodoloji hakkında kapsamlı tartışmalar yapılmadı. Denilebilir ki, 1948/49 yıllarında yaşanan ve çok kısa süren çalkantılı bir dönemden sonra, hukuk tarihinin amacına ve metoduna yönelik olan temel sorularla ilgili arayış yerini sessizliğe terk etti. Alman bilim camiası, bir yandan 1933 öncesi dönemle, diğer yandan ise yurtdışındaki çalışmalarla bağlarını tekrar kuracak şekilde kendisini techiz etmeye başladı.¹¹ Bu tavır, Federal Almanya'nın İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya koyduğu olağanüstü ekonomik gelişmenin ülkede uyandırdığı genel ruh hâliyle de örtüşmekteydi. Bu dönemde toplumda yeni bir iyimserlik havası hâkimdi; yurtdışı hakkında merakla bilgi toplanıyordu; Volkswagen'ın kaplumbağaya benzeyen otomobili, buzdolabı ve çamaşır makinesi artık herkeste vardı. 1960 yılında ülkede 4 milyon adet televizyon olmuştu. Gelir düzeyi iki katına çıkmıştı. Geçmiş günlerin karanlık gölgesi kısmen kaybolmaya başlamıştı. Hukuk devleti ve sosyal devlet tekrar ayakta idi. Artık herkeste bir "Avrupa" sevdası vardı ve hukuk tarihçileri de *ius commune*'nin çizdiği yolda tekrar birleşmiş bir Avrupa'nın ortaya çıkmasına katkı sağlayacak şekilde hukuk tarihini yeniden inşa etme işine giriştiler.¹²

C. Kavram Tarihçiliğinin Katkıları

Hukuk tarihçileri, kendi sahaları dışında cereyan eden metodoloji ile ilgili gelişmeleri önceleri fazla dikkate almadılar. Mesela 1967 yılında Joachim Ritter tarafından kurulan ve 2007 yılında mutlu sona ulaşan¹³ *Tarihsel Felsefe Sözlüğü* (*Historisches Wörterbuch der Philosophie*) girişimi ilk başta pek ilgi uyandırmadı. Ritter, kendi "Kavram Tarihi" çalışmasını felsefenin tarihsel bir bakış açısıyla geliştirilmesine yönelik bir örnek olarak görüyordu. Bu teşebbüsüyle o, bir yandan felsefeye kendi mazisine uzanan yolları göstermek, ama

11 Regina Ogorek, "Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik, 1945–1990" ["Federal (Almanya) Cumhuriyeti'nde Hukuk Tarihi, 1945–1990"], *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik: Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz* [Bonn Cumhuriyeti'nde Hukuk Bilimi. Hukuk Bilimi Tarihine Dair Etütler] içinde, Dieter Simon (haz.), Suhrkamp, Frankfurt 1994, s. 12 ff.

12 Ogorek (dn. 12), s. 45 ff. Burada başka atıflar da var.

13 Örneğin bkz. Oliver Müller, "Mit allen Registern; Basel feiert das Historische Wörterbuch der Philosophie" ["Tüm Sicillerle Birlikte; Basel Şehri Tarihsel Felsefe Sözlüğü'nü Kutluyor"], 28.6.2007 tarihli *Süddeutsche Zeitung* içinde.

diğer yandan da geleceğe yönelik olarak felsefe yapmaya devam etmek istedi. Yani onun çıkış noktası, esas itibarıyla tarihsel değil, felsefi idi.¹⁴ 1967 yılında, Brunner-Conze-Koselleck namıyla tanınmış olan *Temel Kavramların Tarihi: Almanya'da Siyasi-Sosyal Dilin Tarihi Ansiklopedisi (Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland)* isimli eser ile ilgili çalışmalar da başlamıştı. Bu çalışmanın çıkış noktası ise bariz bir şekilde tarihsel idi. Bu eserde, 1750–1850 yılları arasındaki yüzyılın temel “kavramlar”ı tarihsel bağlamları içerisinde anlatılmaya çalışıldı. Bununla hedeflenen ise, birbirleriyle ilişki içerisinde bulunan kavramlardan oluşan bir zeminde kullanılan “anlamlar”ın analizini yapmak sûretiyle tarihsel “gerçeklik”i ortaya koymaktı. Tabii ki tarihsel gerçeklik mutlak anlamda ortaya konulamazdı ve özellikle de Reinhart Koselleck bunun farkındaydı. Onun asıl ilgilendiği şey “kavramlar” idi. Zira bunlar, bir çok anlama gelebiliyor olmaları sebebiyle –tıpkı gemiler gibi- zamanın zengin mahsullerini yüklenip taşıyabiliyorlardı. “Kavram”ların –ki “kavram” (*Begriff*) tabirini ilk defa Christian Wolff kullanmıştır– keskin bir şekilde birbirlerinden ayırarak edilmesi ve içeriklerinin farklı anlamlara gelmeyecek şekilde kesin olarak belirlenmesi gerektiğini söyleyen Aydınlanma Felsefesi’nde olduğunun aksine, Koselleck’in anladığı manada “kavram”lar, birçok anlama gelebiliyor olmaları sebebiyle tam da tarihin içerisine dolduğu kaplar vazifesini görmekteydi.¹⁵ Bu

14 Joachim Ritter, “Leitgedanken und Grundsätze des *Historischen Wörterbuchs der Philosophie*” [*Tarihsel Felsefe Sözlüğü’nün Temel Fikirleri ve Düsturları*], *Archiv für Begriffsgeschichte Bd. XI* [*Kavramlar Tarihi Arşivi 11. c.*] içinde, Karlfried Gründer (haz.), H. Bouvier u. Co. Verlag, Bonn 1967, s. 75–80 başlıklı yazısında, her ne kadar tarih ile felsefeyi birbirinden ayıran duvarın aslında geçişken olduğunu vurgulamışsa da (s. 77), meselelere felsefi açıdan yaklaşmakta ısrar etmiştir (s. 78). Fakat o, bu yaklaşım tarzında da tarihi yine doğal bir kurucu unsur olarak görmüştür.

15 Reinhart Koselleck, “Richtlinien für das Lexikon Politisch-sozialer Begriffe der Neuzeit” [*Yakın Çağın Siyasi-Sosyal Kavramları Ansiklopedisi’ne Dair İlkeler*], *Archiv für Begriffsgeschichte Bd. XI* [*Kavramlar Tarihi Arşivi 11. c.*] içinde, Karlfried Gründer (haz.), H. Bouvier u. Co. Verlag, Bonn 1967, s. 81–99. “Kavramlar, tarihsel gerçeklikten –her dönemde farklılaşarak– süzülüp gelir ve kelimenin içerisine dâhil olan birçok anlamı bünyelerinde sıkıştırılmış olarak barındırırlar. O hâlde, kullandığımız tüm kelimeler kavram değildir. Örneğin, lonca ve teşkilât “yalnızca birer kelime”dir ve bunlarla neyin ifade edilmek istendiği her zaman aşîkârdır. Tabii ki, teşkilât kelimesi farklı bölgelerde farklı anlamda kullanılabilir; fakat somut olarak bakıldığında kastedilen şey her seferinde aynıdır. Daha da ileri giderek söyleyecek olursak: Kelimelerin anlamını tarif ederek kesin bir şekilde belirlemek mümkündür. Lâkin kavramların anlaşılması yalnızca yorum yoluyla mümkün olur.” Her ne kadar “sıkıştırılmış” metaforu pek hoşuma gitmese de, burada alıntıladığım cümlelerden ilkinde ben de hak verebilirim. Ama bence diğer cümleler isabetli değildir. Zira

açıdan bakıldığında, Koselleck'in şahsında –her ne kadar onun içinde bir tarih felsefecisi de yaşıyorduydu da– tarihçi kimliği daha ağır basmaktaydı.¹⁶

D. Materyalist Hukuk Tarihi

Aynı şekilde, 1967'den beri Batı'da sürdürülmekte olan neo-Marxist tartışma da dil ile ifade edilen düşünce ve maddi şartlar arasında karşılıklı bir etkileşimin olduğu önkabulünden yola çıkıyordu. Her ne kadar bu noktada maddi şartların daha ağır bastığı vurgulanmış olsa da, hızlı bir şekilde gelişmekte olan bu yeni düşüncenin, temelleri değiştirmeyi başardığı baştan beri herkesin malumu idi. Nitekim, şayet sıklıkla gündeme getirilen “devrimci bilinç”in tarihsel akışı değiştirici bir gücü olacak idiyse, onun da kendine özgü bir işleyiş tarzının olması gerekirdi. Aksi takdirde, özellikle komünist sistemlerin dilin kullanımını yönlendirmek üzere sarf ettikleri büyük çabanın nedenlerini izah etmek mümkün olmazdı. Bu da açıkça gösteriyor ki, Marxist düşünce de gerçekliğin dil ve düşünce üzerinden yönlendirilebileceğine ihtimal veriyordu. 1960'lı yıllarda toplumsal huzursuzluk üniversitelere sıçradığında, hukuk tarihçileri de kendilerini birden hukuk tarihinin materyalist bir yaklaşımla ele alınması talepleriyle karşı karşıya buldular.¹⁷ Basit bir dille ifade etmek gerekirse bu, artık hukuku kendi başına buyruk hareket eden bir mefhum olarak algılayan yaklaşım tarzını terk etmek ve bunun yerine, her hukuk

tarihçinin, kelimelerin farklı bölgelerdeki kullanımlarının ve farklı yerlerdeki “fikirler”in ötesine geçerek bunların ardında yatan ve fakat hepsinde ortak olan bir “öz”ün arayışı içerisine girmekten kendisini koruması gerekir. Koselleck, bunları söylerken beklenmedik bir şekilde bir tarih felsefecisi edâsı takınmaktadır. Fakat hukukçuların temel tecrübeleri ile sâbittir ki, kelimelerin anlamlarının tarifler yoluyla –ki yine tarifler de çoğu zaman muğlak kelimelerden oluşur!– kesin bir şekilde bilinebileceği düşüncesi savunulamaz. Bu konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Hartmut Lehmann, Melvin Richter (haz.), *The Meaning of Historical Terms and Concepts. New Studies on Begriffsgeschichte*, German Historical Inst., Washington 1996. Bu eserin içerisinde sonsöz babında Koselleck'in bir yazısı vardır.

16 Reinhart Koselleck, *Kritik und Krise: Eine Studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*, Alber, Freiburg & Münih 1959. [Türkçesi: *Kritik ve Kriz: Burjuva Dünyanın Patolojik Gelişimi Üzerine Bir Katkı*, çev. Eylem Yolsal Murteza, Otonom Yayıncılık, İstanbul 2012. Aynı yazarın Türkçe'ye çevrilen bir diğer eseri için bkz. *Kavramlar Tarihi: Politik ve Sosyal Dilin Semantiği ve Pragmatiği Üzerine Araştırmalar*, çev. Atilla Dirim, 2. bsk., İletişim Yayınları, İstanbul 2013. (çev. notu)]

17 Uwe Wesel, “Zur Methode der Rechtsgeschichte” [“Hukuk Tarihinin Metoduna Dair”], *Kritische Justiz*, (1974), s. 337 vd.; farklı vurgular için bkz. P. Landau, “Rechtsgeschichte und Soziologie” [“Hukuk Tarihi ve Sosyoloji”], *Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, sy. 61 (1974), s. 145 vd.

düzeninin varoluşunun temelini teşkil eden toplumsal ve ekonomik şartlara enerjik bir şekilde yönelmek gerektiği anlamına geliyordu.¹⁸ Aslında bu, tamamen haklı bir talepti. Zira her ne kadar ortaya atıldığı zamanda -muhtemelen neo-Marxist bir elbise içerisinde boy gösterdiği için- ciddi tepkilere yol açmış olsa da, bugün -aradan bir nesil geçtikten sonra- bu yaklaşım tarzının haklılığı aşağı yukarı her hukuk tarihçisi tarafından kabul edilmektedir.

1968 yılı sonrasında tarihçiler ve hukuk tarihçileri tarafından yapılmış olan metoda yönelik tartışmalar, takip eden yıllarda -dışarıdan bakıldığında- tekrar sakinleşmiş gibi görünmektedir. Fakat bu görüntü yanıltıcıdır. Çünkü sonraki yıllarda da tarihçiler, kendi aralarında büyük siyasi hesaplaşmalar yaşamışlardır. Bunlardan ilki -ki bu tartışma, “Tarihçilerin 1. Tartışması”¹⁹ (*Historikerstreit I*) olarak adlandırılmıştır-, Fritz Fischer’in Birinci Dünya Savaşı’ndan kimin sorumlu olduğuna dair tezleri²⁰ ve ardından Ernst Nolte etrafında gelişen tartışmalar nedeniyle vuku bulmuştur. Nihayet diğeri (“Tarihçilerin 2. Tartışması”) ise, Theodor Schieder, Werner Conze, Wilhelm Mommsen, Karl Dietrich Erdmann ve diğerlerinin nasyonal sosyalist geçmişleri ile ilgili olarak yürütülen tartışmalar sebebiyle yaşanmıştır.²¹ Yakın Dönem Hukuk Tarihi sahasının aktif 12 temsilcisinden oluşan ve nisbeten marjinal bir grup teşkil eden hukuk tarihçileri arasında ise tartışmalar çok daha sessiz geçmiştir. Artık münferit bazı Alman Dili ve Kültürü araştırmacılarının

18 Wesel’e karşı eleştirel bir tutum için bkz. J. Rückert, “Zur Erkenntnisproblematik materialistischer Positionen in der rechtshistorischen Methodendiskussion” [“Hukuk Tarihinin Metoduna Yönelik Tartışmadaki Materyalist Tavırların Bilgi Edinme Yollarına Dair”], *Zeitschrift für historische Forschung*, sy. 5 (1978), s. 257–292.

19 Hans-Ulrich Wehler, *Entsorgung der deutschen Vergangenheit? Ein polemischer Essay zum “Historikerstreit”* [Alman Geçmişi Çöpe Mi Atılıyor? “Tarihçilerin Tartışması”na Dair Bir Polemik Yazısı], Beck, Münih 1988.

20 Fritz Fischer, “Deutsche Kriegsziele: Revolutionierung und Separatfrieden im Osten, 1914–1918” [“Almanların Savaştaki Hedefleri: Doğu’da Devrim ve Müstakil Barış, 1914–1918”], *HZ*, (1959); a.mlf., *Der Griff nach Weltmacht: Die Kriegsziele des kaiserlichen Deutschland, 1914/18* [Dünya Gücü Olma Hamlesi: Kayser Almanyası’nın Savaş Hedefleri, 1914/18], Droste Verlag, Düsseldorf 1961; a.mlf., *Krieg der Illusionen: Die deutsche Politik von 1911 bis 1914* [Hayallerin Savaşı: 1911’den 1914’e Kadar Alman Siyaseti], Droste Verlag, Düsseldorf 1969.

21 Winfried Schulze, Otto Gerhard Oexle (haz.), *Deutsche Historiker im Nationalsozialismus* [Nasyonal Sosyalizm Döneminde Alman Tarihçileri], Fischer-Taschenbuch-Verlag, Frankfurt 1999; Ingo Haar, *Historiker im Nationalsozialismus: Geschichtswissenschaft und der “Volkstumskampf” im Osten* [Nasyonal Sosyalizm Döneminde Tarihçiler: Doğu(Almanya)da “Halk Olmak Mücadelesi” ve Tarih Bilimi], Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2000.

(K.A. Eckhardt, W. Ebel, Herbert Meyer) nasyonal sosyalist geçmişlerinin olduğu iddiası fazla önemli bir konu olarak görülmüyordu.²²

Aslında tarihçiler camiasının üyelerini ilgilendiren bu türden medyatik olaylara, aşırı hassasiyetler ve sadakat hisleriyle yoğrulmuş konulara kıyasla, tarihçilerin ve hukuk tarihçilerinin yürüttükleri, Amerikan, Fransız ve (az da olsa) İngiliz etkisiyle yavaş yavaş değişmeye başlayan bakış açısına dair tartışmalar çok daha önemliydi. Şimdi kısaca buna değinmek istiyorum.

E. Makro ve Mikro Tarih

Öncelikle sosyal tarih ve iktisat tarihi -kısaca: toplum tarihi- boy gösterdi ve hem klasik siyasi tarihe, hem de klasik düşünce tarihine meydan okudu. Karl Lamprecht ve Otto Hintze'den beri ele alınmamış olan konular tekrar ele alınmaya başlandı.²³ Artık araştırılması gereken, “büyük adamlar” ya da “düşünceler” değil, toplumsal yapılar, demografik süreçler, eğitim tarzları, uzmanlaşma modelleri, “memurlar” gibi yeni toplumsal tabakalar, seçmen davranışları vs. idi. Makro yapılar düzeyinde tesbit edilmiş toplum tarihine karşı sonrasında gündelik hayata ve kültür tarihine yönelik olan mikro tarih boy gösterdi.²⁴ Kişilerin kendileriyle ilgili bilgi verdikleri belgeler araştırılmaya, küçük sosyal birimler üzerine büyüteçlerle gidilmeye başlandı; aile yapıları günışığına çıkartılmaya çalışıldı; hatta psiko-tarih tarzında araştırmalarla kişilerin asıl ve örtülü niyetlerine nüfuz edilmeye, olayların görülmek istenmeyen karanlık yönleri aydınlatılmaya çalışıldı; dil ile resim arasındaki karmaşık karşılıklı ilişkiye yoğunlaşıldı.

22 Michael Stolleis, Dieter Simon (haz.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus: Beiträge zur Geschichte einer Disziplin* [Nasyonal Sosyalizm Döneminde Hukuk Tarihi: Bir Disiplinin Tarihine Dair Katkılar], J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1989; Joachim Rückert, Dietmar Willoweit (haz.), *Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen* [Nasyonal Sosyalizm (NS) Döneminde Alman Hukuk Tarihi, Evveliyatı ve Sonraki Zamana Etkileri], J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1995.

23 Hans-Ulrich Wehler, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte* [Alman Toplumunun Tarihi], 4 c., Münih 1987–2003. 5. cildin 2008 yılında yayınlanması bekleniyor.

24 Susanna Burghartz, “Historische Anthropologie – Mikrogeschichte” [“Tarihsel Antropoloji – Mikro Tarih”], *Kompass der Geschichtswissenschaft* [Tarih Biliminin Pusulası] içinde, Joachim Eibach, Günther Lottes (haz.), Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2002, s. 206–218.

F. Dilsel Dönüşüm

Ağırlıklı olarak Richard Rorty'nin öncülük ettiği “dilsel dönüşüm” (*linguistic turn*) de nihayetinde çok esaslı bir öneme sahipti.²⁵ Her ne kadar -yeni ortaya atılan ve ilk bakışta çarpıcı görünen sloganik kavramların genelde başına geldiği gibi- bu kavram da aşırı derecede abartılmış ise de, postmodern edebiyat teorisinin bazı temel fikirlerinin tarih biliminde de sarsıcı etkiler yaptığı muhakkaktır. Artık kısaca şunlar söylenebilir hale gelmiştir: Dilin ve dil ile yorumlanan malzemenin aracılığı olmaksızın, geçmişe doğrudan nüfuz etmek için gerekli kanallara sahip değiliz; bugün anlamaya çalıştığımız şey, aslında mazide kalmış bir ilişkiler ağıdır; sözcükleri ve resimleri yalnızca bağlamları içerisinde anlayabiliriz; “tarihsel hakikat” gibi insanı yanlış yollara sevk eden hedeflerden vazgeçmeliyiz; yaptığımız çalışmalar “vâkıa”yı ortaya çıkartmaya yönelik arkeolojik kazılar olarak görülemez;²⁶ dil, geçmişte kalan gerçekliğin bir aynası değildir, bilakis geçmişte kalan gerçeklik metnin bizzat kendisidir (Jacques Derrida).²⁷ Bu iddialara karşı çokça itiraz edilmiştir. Bu itirazlardan bazıları şunlardır: Metnin üzerine yoğunlaşmak, tarihte rol oynayan diğer sessiz aktörlerin ihmal edilmesine ve azınlıkların sesinin çok az duyulmasına sebep olur; metin haline dönüşmemiş resimler ve tecrübeler de vardır;²⁸ hakikat kavramından vazgeçildiği takdirde, hakiki-sahte, makul-

25 Richard Rorty, *The Linguistic Turn: Recent Essays in Philosophical Method*, University of Chicago Press, Chicago 1967; a.mlf., *Objectivity, relativism and truth*, Cambridge University Press, Cambridge 1991.

26 Bkz. Claudia Althaus, *Erfahrung denken: Hannah Arendts Weg von der Zeitgeschichte zur politischen Theorie* [Tecrübeyi Düşünmek. Hannah Arendt'in Yakın Dönem Tarihinden Siyaset Teorisine Giden Yolu], Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2000), s. 40-59: Die Herausforderung des “linguistic turn” [“Dilsel Dönüşüm”ün Meydan Okuması].

27 Fizikçi Bernard d'Espagnat'ın, *Traité de Physique et de Philosophie*, Fayard, Paris 2002 (İngilizcesi: *On Physics and Philosophy*, Princeton University Press, Princeton 2006) başlıklı önemli kitabının çatısı, “La réalité n'est pas dans les choses” cümlesi etrafında örülmüştür. Yazar, -Kant'a atıfla- ontolojik bir hakikatin var olabileceği fikrini eleştirmekte ve insanoğlunun mefhumları kendi ölçümlerine göre oluşturduğu görüşünde ısrar etmektedir. Ona göre, objektiflikten ancak zayıf anlamı itibarıyla, yani ancak aynılıkların ölçülmesinin mümkün olduğu oranda bahsetmek mümkündür. Ölçülebilir olanın ötesinde bulunan bir gerçekliğin varlığında ısrar etmek, metafiziksel bir karakter taşımaktadır. İnsanoğlunun elinde olan, yalnızca kendi algılama imkanları üzerinden süzülerek gelen bilgilerden ibarettir. Buna rağmen genel (zayıf) anlamı itibarıyla “hakikat”ten bahsetmek, onun konumunu insanoğlunun birbiriyle anlaşabilmek amacıyla tayin ettiği sözsözlemlerle sınırlandırmak şartıyla mümkündür.

28 Bugüne kadar bu tarz resimlerin ve tecrübelerin, dile getirilmedikleri zaman nasıl aktarılıp tartışılabileceğine dair tatmin edici bir açıklama geliştirilememiştir. Üzerlerinde

saçma, bilmek–kastetmek arasında ayırım yapılmasını mümkün kılan zemin ortadan kalkacağından dolayı, birçok eleştiri artık yapılamaz hale gelir.²⁹

G. Vâkıa Olarak Sözler

Son olarak şu şekilde bir itirazda bulunmak mümkündür: Denilebilir ki, tıpkı Luther ve Zwingli arasında, [Hz. İsa'nın bedeniyle kanının, onun “Bu benim bedenimdir.” şeklindeki sözü sebebiyle gerçekten ekmek ve şaraba dönüşüp dönüşmediği hakkında ciddi bir tartışmaya neden olan] Aslen Dönüştüğü Kuramı'nın (*Transsubstantiationslehre*) meşhur “-dir”i (*hoc est*) gibi, metin ile tarihsel gerçekliğin birbiriyle aynı şey olarak kabul edilmesi de yanlış anlaşılmalara sebep olmaktadır. Fakat bu itirazlar ne kadar güçlü de olsa, “dilsel dönüşüm” sonuç itibarıyla kesin emin olunan konularda belirli inanç kayıplarına³⁰ yol açmış ve artık gayet rahat bir şekilde tarihsel verilerden, vâkıalardan ve gerçeklikten konuşulamaz hale gelmesine neden olmuştur. Bu durum, dilin ve müzakerelerin ancak toplumsal ve tarihsel dünyaları içerisindeki kökenleriyle birlikte ve bilinçli bir şekilde davranan öznelere ortaya çıkartıkları bir şey olarak görülmeleri halinde sağlıklı bir şekilde anlaşılabilmesi noktasında o güne kadar herkesin aynı kanaati paylaşmış olmasına rağmen ortaya çıkmıştır.³¹ Tıpkı bunun gibi, gerçeklik ve dil arasında aslında tavuk ve yumurta arasındaki gibi bir ilişkinin olduğu ve hangisinin önce geldiğine dair bir hükmün verilemeyeceği noktasında da fikir birliği vardı. Dil, gerçekliğe bağlıdır; fakat onun “adını koymak” suretiyle gerçekliği değiştirir. Nitekim Christian Andersen'in masalındaki çocuk, “kralın yeni elbiseleri” hakkındaki düşüncesini “Kral çıplak ama!” diyerek ifade ettiğinde insanların algısını anında değiştirmiştir. Burada denilebilir ki, çocuk kralı çıplak “kılmıştır” ve kralın otoritesinin çökmesine sebep olmuştur. Çünkü saray halkının ve etraf-taki insanların tepkisi bunu göstermektedir. Ludwig Wittgenstein, “Sözler de

konusulabilmesi için resimlerin de tıpkı metinler gibi “okunması”, tecrübelerin kelimelere dökülmesi gerekmektedir.

29 Althaus (dn. 27), s. 55 f. – Son kısım isabetlidir. “Doğru-yanlış”ın yerini, profesyonel standartların ihlal edilmesini “bilimsel değil” diyerek kınayan ve mensuplarının birbirleriyle iletişim halinde olduğu bir camianın çoğunluğunun fikri almaktadır ki, bu fikir, muhtemelen güvenilir olan ifadelerin üzerinde hareket edebileceği zeminin de sınırlarını çizmektedir.

30 Görg Haverkate, *Gewiſſheitsverluste im juristischen Denken: Zur politischen Funktion der juristischen Methode* [Hukukî Düşüncede Kesinliklerin Kaybolması: Hukuk Metodunun Siyasî İşlevine Dair], Duncker & Humblot, Berlin 1977.

31 Althaus (dn. 27), 56 vd.

birer eylemdir” der. Tanrı’nın bir sözülle dünyanın “yaratılması” gibi, gündelik tecrübelerimizi gözden geçirdiğimizde de “sözel eylemler”in (*Sprechakte*) John L. Austin’nin kast ettiği şekliyle dünyayı gerçekten değiştirdiğine, insanlar arasındaki ilişkileri iyileştirip kötüleştirdiğine, ama en çok da bütün dünyanın, özellikle de tarihte kalmış olan geçmişin dünyasının yalnızca söz ile bir şekle bürünüp kavranabilir ve gerektiğinde eleştirilebilir bir hale geldiğine dair bir çok örneğin olduğunu görürüz.³² “Doğru” olduğunu varsaydığımız yorumun peşinde koşarken, aslında geçmiş zamanı zihinsel ve ruhsal bir yapı olarak yeniden oluştururuz. Reinhart Koselleck oldukça keskin ve isabetli bir şekilde bunu şöyle ifade etmiştir: “Tarih hakkında yapılan her tesbit ve söyleyen her söz en nihayetinde dilin aracılığına bağlıdır.”³³

H. Hukuk Tarihi ve Hukuki “Kavramlar”

Dilbilimsel ve felsefi olan bu tartışmalar, hukuk tarihi alanında da belirli yankılar buldu. Örneğin birçokları, geleneksel olarak çalışıl原因en Roma Hukuku Dogmatik Tarihi alanında çalışmaktan artık vazgeçti ve “uygulamadaki hukuk”un (*law in action*) hukuk tarihine, yasama faaliyetinin toplumsal ve ekonomik saiklerine, geçmişte de vaki olmuş bulunan “sembolik yasama faaliyeti”nin ortaya çıkartılmasına yönelik araştırmalara, hatta bir taraftan hakimlerin davranış biçimlerine kadar inen dar ölçekli analizlere, diğer taraftan kitlesel verilerin istatistiksel yöntemlerle ele alınması konusuna yöneldiler. Ortaçağda ve Yeniçağda Ceza Hukukunun Tarihi çalışmalarının yeniden canlanması, kriminoloji ve kamu hukuku alanlarında bilim tarihi araştırmalarının başlaması, Devletler Hukuku Tarihi çalışmalarının tekrar dirilmesiyle ve başka bazı çalışmaların da katkılarıyla araştırma alanlarının belirli bir ölçüde genişlediğinden de bahsedilebilir.

32 Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen* [Felsefi Araştırmalar], Joachim Schulte neşri, Suhrkamp, Frankfurt 2001, s. 546’dan kısaltılmıştır; ki bu eserde “Sözler aynı zamanda eylemdirler.” denilmektedir. Bu konuyla ilgili olarak ayrıca Eike von Savigny’nin şerhine bkz. Wittgensteins “*Philosophische Untersuchungen*”: Ein Kommentar für Leser [Wittgenstein’in “Felsefi Araştırmalar” Adlı Eseri: Okuyucular İçin Bir Şerh], 2. bsk., Klostermann, Frankfurt 1996), c. 2, s. 229–231. Şu eser de temel öneme sahiptir: John L. Austin, *Zur Theorie der Sprechakte* [Sözel Eylemler Teorisine Dair] (*How to do things with Words*), Almanca’ya uyarlanması Eike von Savigny tarafından yapılmıştır, 2. bsk., Reclam, Stuttgart 1979. [Wittgenstein’in bahsi geçen eserinin Türkçesi için bkz. *Felsefi Soruşturmalar*, çev. Haluk Barışcan, Metis Yayınları, İstanbul 2010. (çev. notu)]

33 Reinhart Koselleck, “Was sich wiederholt” [“Tekerrür Eden Şey”], 21.7.2005 tarihli *Frankfurter Allgemeine Zeitung* içinde.

Derinlere baktığımızda, buralardaki hareketliliğin aslında daha fazla olduğunu görürüz. Çalışmalarda kullanılan araçların ve yöntemlerin ne derece işe yarar olduklarına dair esaslı sorular sorulmaya başlanmıştır. Yirminci yüzyılın 60'lı ve 70'li yıllarında yapılan Alman hukuk tarihi araştırmalarına eleştirel bir gözle bakan herkes, araştırmalara yön veren ve tartışmasız kabul edilen belirli felsefi önkabullerin varlığını fark edebilir.³⁴ Bu önkabuller hem çalışmaların konusunu, hem de amacını ilgilendiren cinstendi. Çalışmaların konusunu, yürürlükte olan hukuk tarafından tayin edilen vazifelerin ifa edilmesi oluştuyordu. Bu vazifeler şu şekildeydi: Bize, tarihsel malzemeyi kullanarak mülkün, sözleşmenin, özel mülkiyetin, rehin hakkının, evliliğin, ipoteğin, tüzel kişinin vs. “esas”ının nereye dayandığını göster! Bize, tekrar tekrar gündeme gelen, zamanın akışı karşısında direnç gösteren hukuk figürlerinin neler olduğunu göster!³⁵ Bunun için de tabii ki bu türden bir “esas”ın kavramsal olarak tanımlanabilen bir özünün bulunduğunun kabul edilmesi gerekiyordu. Bu tavır, aslında birçok ara basamak üzerinden zamanla popülerlik kazanmış olan on dokuzuncu yüzyıla ait kavramsal gerçekçilik (*Begriffsrealismus*) akımına ait bir tavidir. Bu şekilde, sayısız doktora çalışmaları, yürürlükte olan hukukun “önceki tarihi”ne dair taslaklar çizdiler; bilinenden yola çıkarak bilinmeyene dair çıkarımlar yaptılar. Fakat bunu yaparken, metnin ve işlevin kendisini gerçek anlamda gözönünde bulundurmadılar; bilakis, ya bugün var olanın önceki şekillerini araştırdılar, ya da tabii hukuk düşüncesinin veya idealizmin felsefi türevlerini takip ederek bir kurumun tarihsel olmayan / zamanı aşan “esas”ını aradılar. Bu arayış, -yapılan çalışmanın, geçici ve tesadüfi isimlendirmelerin ardında gizlenen asıl “kavram”ın izini sürmek şartı üzerine bina edilmesi halinde- hukuksal dogmatik kavramsal gerçekçi düşünce tarzıyla uyum içerisindeydi. Tarih ve hukuk tarihi alanında var olan şu niyet de bu yaklaşım tarzıyla paralellik gösteriyordu: Farklı dönemler arasındaki sınırların nerelerden geçtiğini, erken dönem kapitalizminin, mutlakiyetçiliğin, devletin, kuvvetler ayrılığının, yerel idarenin veya belirli dogmatik figürlerin “aslında” ne anlama geldiğini en nihâyetinde ortaya çıkartabilmek. Bu çalışma tarzı genelde, meseleleri eleştirilere geçit vermeyecek şekilde dikkatlice ve dosdoğru ortaya koymaya çalışan bir tarz değildi. Bilakis sonu görünmeyen, dilsel isimlendirmelere -aslında bu şekilde anlaşılamayacak

34 Burada tekrar Gagnér'e (dn. 9) atıf yapmakta fayda vardır. Zira o, bu zamanın en önemli yazarlarına dair dikkatli analizler yapmış ve onların metinlerini, arkalarında yatan felsefi önkabullere yönelik olarak sorgulamıştır.

35 Theo Mayer-Maly, “Die Wiederkehr von Rechtsfiguren” [“Hukuk Figürlerinin Tekrar Dönüşü”], *Juristenzeitung*, (1971), s. 1-3.

olmalarına rağmen- ontolojik ve devamlı kalıcı olan bir öze dair anlamlar yükleyen bir tarzıdır. Nitekim bu tarzın kusuru, farklı zamanlara ve kültürlerle göre dildeki değişimlerin önemi tarihsel olarak ciddiye alındığında kolaylıkla görülebilecektir.

Buna karşın, bilinçaltı bu gidişata yine de direniyor görünmektedir. Dogmatik hukukçular ve onlara yakın duran hukuk tarihçileri, çoğu zaman kendilerine ve diğerlerine, sürekliliği olan ve çelişkilerden azade bulunan kavramlardan oluşan, uyumsuzlukların barışçıl yollarla çözülmesine hizmet eden mimari bir yapı kurmak amacına yönelik olarak topluca icra edilen bir faaliyetin parçası olmaya katılmaları gerektiği yönünde telkinde bulunarak yaptıkları çalışmaların meşruiyetini göstermeye çalışırlar. Eğer bu şekilde yapılırsa, artık bir “ilerleme” ve “gerilemeden” ya da “duraklamadan” bahsetmek mümkün hale gelmektedir. İlerlemeye katkı sağlıyor olmak, iş ahlakı ve insan psikolojisi açısından sahip olduğu önemin küçümsenmemesi gereken, kişiye keyif veren bir uyuşturucudur. Kendisine Alman ruhunun derinliklerine inmeyi ya da Alman hukukunun özünü ortaya koymayı hedef edinmiş olan birisinin nasyonal sosyalizm zamanında hüsnükabul görmeyi umması doğaldır. Aynı şey, 1947 yılında [İkinci Dünya Savaşı sonrasında başlayan yeni dönemde] meslektaşlarını tüm gelgitlere rağmen yine de hukuk tarihinin özünde yatan özgürlük fikri üzerine mesailerini yoğunlaştırmaları gerektiği yönünde cesaretlendirmeye çalışan bir hukuk tarihçisi için de geçerlidir. Bugüne gelindiğinde, artık hukuk tarihi araştırmalarının, kendilerine doğrudan tarihle ilgili olmayan farklı amaçlar tayin etmelerinin sağlanması yoluyla kanatlandırılabilmesine yönelik birçok farklı ihtimal düşünülebilir hale gelmiştir: Dünya toplumu için faydalı olan “insan haklarının arkeolojisi”nin ortaya konulmasına katkı sağlamak, Avrupa’nın hukuken bütünleşmesinin sağlanmasına yönelik tarihsel taşeronluk hizmetleri sunmak ya da yasama ve yargı faaliyetlerine yol gösterecek şekilde özgürlüklerle ve sosyal haklarla ilgili hukuk prensiplerini ortaya koymak ve bunların savunuculuğunu yapmak. İnsan sevgisiyle dolu bulunan ve tasvip edilmesi temelde uygun olan bu hedeflerin arkasında yatan talep ve ümitlerin her ne kadar safdil bir “iyimser ilerlemeci düşünce”ye dayandığı tam olarak söylenemese de, en nihayetinde bu düşüncenin türevleri oldukları kesindir. Bunlara hakim olan, şartların iyileştirilmesine -hukuki bir dille ifade edecek olursak: uyumsuzlukların barışçıl yollarla çözülmesine- yönelik ümit, gönüllü olarak yapılan her çeşit çalışmanın ardında gizli bir şekilde var olabilir.

Bu iyimserlik ve onun daha zayıf türevleri, on dokuzuncu ve yirminci yüzyılda yaşanan dönüm noktalarından itibaren açıkça dillendirilmeye başlanan metafizik karşıtı felsefi akımlar yüzünden ayağının altındaki zemini kaybetmiştir. Çünkü bu akımlar, değerlere ve zevklere atıfla temellendirilen hükümleri genel olarak bilimsel açıdan üzerinde konuşulamaz kabul ediyor ve -geç dönemde Wittgenstein'in söylediği gibi- felsefi meselelerin dilin kullanımındaki karışıklıklardan dolayı ortaya çıktığını iddia edip, felsefenin artık tarih sahnesinden çekilmesi gerektiğinin propagandasını yapıyorlardı. Yirminci yüzyılın 60'lı yıllarında gözlemlenmeye başlanan Wittgenstein'in "Bir sözün/sözcüğün anlamı, onun dildeki kullanımıdır." cümlesinin içselleştirilmesi süreciyle birlikte, hukuk tarihi için kendisini on dokuzuncu yüzyıldan kurtarmak ve "Metafiziksiz Hukuk Tarihi" yapmak şansı belirdi.³⁶ Bu yeni yönelişin mesajı şuydu: Kendini iki kere kurtar! Hem felsefi önkabullerden, yani idealizmin yaptığı Eflatuncu kavram cambazlıklarından, hem de yürürlükte olan hukukun senin önüne koyduğu vazifelerden! Geçmiş zamana ait olan metnin üzerine yoğunlaş ve bu metinde bir sözün/sözcüğün nasıl kullanıldığını gözlemler! Söz(cük)lerin kullanım kurallarını çözümle! Wittgenstein'in kullandığı bir örneği kullanarak söylemek gerekirse, satrancın kurallarını bilmeyen, ama onları, oynayanları gözlemlemek suretiyle çözümlemeye çalışan birisi gibi davran!

Bu yönelimi ciddiye aldığımızda, esas meselenin, anlaşılması gereken söz(cük)lerin kullanımının araştırılması olduğunu görürüz. Şüphesiz temsili resimlerin ve diğer gerçekliklerin araştırılması da söz konusudur. Fakat aslında tam da bunların "okunması" ve anlaşılması, yani dile aktarılması ve üzerinde müzakere edilebilir hale getirilmesi gereklidir. Sürekli olarak metinlerin ve resimlerin üzerine eğiliriz, onların bağlamlarını araştırırız ve kendi dilimize "tercüme" ederiz. Bu tercüme esnasında somut bir dil mi, yoksa soyut bir dil mi kullanacağımız, pratik olarak anlaşabilmek ile ilgili bir meseledir. "Yoğun bir şekilde tasvir etmek" yolunu seçtiğimizde, her ne kadar meseleler daha görünür hale gelse de, başka meselelerle mukayese edilebilmeleri imkanı azalır. Sistem teorisinin kavramlarını kullanmak suretiyle büyük ölçekli izahlar yapmak yoluna gidersek, bu sefer de sosyal bilimlerin teorileriyle irtibata geçmek imkanı artar, fakat münferit durumlar ve somut detaylar gözden kaybolur. Ama her halükârda kullandığımız, bugün kullandığımız dilin içeriği az ya da çok belirli olan, bir şekilde anlaşılan söz(cük)leridir. Kategorik olarak

36 Sten Gagnér, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung* [Yasama Faaliyetinin Düşünce Tarihine Dair Tetkikler], Almqvist & Wiksell, Uppsala 1960, s. 55 (dn. 1).

sözcükler ve “kavramlar” arasında (ister kesin bir kavramsal dil kullanmak amacına binaen olsun, isterse de Reinhart Koselleck’in bağlamsal ve tarihsel düşüncesi anlamında olsun) bir ayırım yapmak önemsizleşir. Artık “kavram” adıyla anılan yüce ve dokunulmaz kelimelerden oluşan bir sınıf yoktur; çünkü kavramlar da bağlama tabi ve yorumlanmaya muhtaç olan sözcüklerdir. Filozof, onlarsız düşünemeyeceğinden dolayı³⁷ yeni “kavramlar” üretirken, tarihçi, anlaması gereken metnin içerisinde kendisi için ilginç olan “sözcükler”i arar. Bu sözcüklerin hangileri olduğu ise, her zaman için tarihçinin hipotezinin ne olduğuna göre değişir.

I. Ariadne’nin İpi: * Bugünkü Hukuk Tecrübesi?

Kendisi için önemli olan dilsel malzemenin, kural olarak sınırsız olan diğer kaynaklardan nasıl ayırt edilebileceği meselesi hukuk tarihi araştırmaları için hayati önem taşır. Birçok olayda bu, hukuk, mahkeme, hakim, hüküm, kanun ve kanun kitabı gibi öğelerin izlerini fahiş bir anakronizme düşme tehlikesi olmadan yüzyıllar boyunca geriye doğru takip edebildiğimizden ve dilde bugünkü kullanımlarına eşdeğer karşılıkları oralarda da bulabildiğimizden dolayı fazla zor değildir. Hukukun etkisiyle şekillenmiş olan, fakat işleyiş tarzlarını tam olarak bilemediğimiz süreçlerin içerik olarak nasıl ele alınması gerektiği meselesi ise daha zor bir görünüm almaktadır; çünkü bunların mahiyetini tam olarak anlayamayız ve uygulamanın nasıl olduğuna dair sadece yaklaşık bir kanaatimiz vardır. Örneğin, ayrı ayrı her bir tazmin şeklinin cezai olarak değerinin ne olduğunu, antik çağın geç veya ortaçağın erken döneminde bir köyde bir hayvanı kaybetmenin ne anlama geldiğini tahmin etmeye çalışarak sıkıntılı bir şekilde yeniden inşa etmeye uğraşırız. Zaman bakımından ne kadar geriye gidersek, kaynaklar o kadar azalır ve tercüme sorunları o kadar artar. Bu noktada, hukuk tarihçiliği yapan eğitimli hukukçu, hukuki bir sürecin nasıl “işlediği” hakkında bir tasavvura sahip olabilmek için ister istemez kendisinin hukukla yapmış olduğu tecrübelerin yardımına müracaat

37 Bkz. “Kavram” ve “Kavram Tarihi” maddeleri, *Historisches Wörterbuch der Philosophie [Tarihsel Felsefe Sözlüğü]* içinde, Joachim Ritter ve dğr. (haz.), Schwabe Verlag, Basel 1971, c. 1, s. 780 vd.

* Tâbir, Yunan mitolojisinden gelmektedir ve burada mecazi anlamda kullanılmaktadır: Labirente giren bir kişi, şayet geçtiği yolları ipe işaretlerse, labirentten çıkmak istediğinde ipe takip ederek kolayca geldiği yoldan geri dönebilir. Buna göre, Ariadne’nin İpi, “karmaşık yollar arasında kişiye gitmesi gereken doğru yolu gösteren yardımcı” anlamına gelmektedir. (çev. notu)

edecektir. Aynı zamanda onun, benzer türden hukuki işlemlerin düşünülebilir bir hale gelmesi için, insanların belirli hususlarda antropolojik açıdan birbirlerine “benzedikleri”ne dair varsayımlarda bulunması gerekir. Fakat bu noktada zorluklar baş göstermektedir. Düzenle ilgili problemlerde, insanların belirli benzerlikler gösterdiği iddiası şüpheli bir varsayımdır. Kişilerin kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerde nisbeten görülebilecek olan benzerlikler, “ceza”nın ya da “kamusal iktidar”ın toplumsal bağlamıyla ilgili konular söz konusu olur olmaz kesinliğini kaybetmektedir. Bazı toplumlar, hırsızlığı bıçakla yaralamaktan daha ağır bir suç olarak kabul ederler; diğerleri köleliği, aristokratik ya da otokratik yönetim şekillerini gayet doğal görürler; yine bazılarında din özgürlüğü talep etmek, Tanrı’ya karşı bir hakaret olarak algılanır. Kişinin geçmişi aydınlatmak için müracaat ettiği kendi hukuki tecrübesi, onu doğru yola iletebileceği gibi, yanlış yola da sevk edebilir.³⁸ Burada asıl tehlike, kişinin meselelere yalnızca önceden bildiğini zannettiği şeyleri önplana çıkartarak yaklaşmasıdır. Bugünden ve kendi bilgilerimizden yola çıkarak meseleleri değerlendirmedeki zorluktan kurtulmamız mümkün değildir. Hiçbir şey bilmiyormuş, hiçbir önyargısı ve tecrübesi yokmuş gibi masumca bir tavır takınarak zamanı geri döndürmemize imkan yoktur. Bize çoğu zaman yardımcı olsa, ama aynı zamanda çoğu kere de bizi bir hukuk kuralının işlerlik kazandığı farklı şartları, sanki bizim bildiklerimize benzermiş gibi göstermek suretiyle anakronizme saptırsa da, hukukla olan kendi tecrübemiz her zaman işe karışır.

Bugünkü zamana olan bu bağlılık, dediğimiz gibi, hem yaptığımız araştırmalarda bizi yönlendiren hipotezlerimizi, hem de bu hipotezlere takaddüm eden ve bizi araştırma yapmaya sevk eden saik ve niyetlerimizi etkiler. Neden şu veya bu soruyu geçmişe yöneltiyoruz ve neden bu soruları belirli bir tarzda ifade ediyoruz? Aynı şeyi tekrar ediyormuş gibi görünse de, bu sorulara verilecek cevap şudur: Bizim araştırmalarımızdaki iddialar tamamıyla bugüne aittir; tamamen subjektiftir ve şahsi merakla ilgilidir. Neden olmasın ki? Sonrasında tarihsel bir sorunun içerisine girmek için modern bir sorundan yola çıkmak, –meseleleri bizi harekete geçiren herhangi bir “saik ya da niyet” yüzünden daha başından çarpıtıyor olmak ihtimaline karşı mesafeli durmak şartıyla– metodolojik açıdan gayrimeşru bir yöntem değildir. Avrupa ülkelerinin hukuk kültürlerindeki farklılıklar gibi, benzer yönler, hukuk alışverişi ya da bürokrasinin büyümesine dair bugün dile getirilen kaygılar üzerine yapılan

38 Franz Wieacker, “Methode der Rechtsgeschichte” [“Hukuk Tarihinin Metodu”], *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte (HGR)* [Alman Hukuk Tarihine Dair El Sözlüğü] içinde, Adalbert Erler ve dğr. (haz.), Schmidt, Berlin 1984, c. III, s. 518–526.

gözlemler de bizi tarihsel araştırmalar yapmaya sevk edebilir. Fakat tarihsel çalışmaların temel kurallarından birisi şudur ki, yola çıkarken bizi yönlendiren saik ve niyetlerin bir araştırma iddiasının geliştirilmesi ve kaynakların incelenmesi süreçlerinde kesinlikle dışarıda bırakılması gerekir.

J. Sözler ve (Gerçek) Şeyler

Felsefi önkabullere, yürürlükteki hukukun verilerine ve hukuk tarihçisinin hukukla olan tecrübelerine karşı hukuk tarihinin talep ettiği şekilde çok yönlü ve mesafeli bir tavır geliştirmek zaten yeterince zordur. Bu zorluğun üstüne bir de dilsel tahlillere vurgu yapan analitik tavrın gereğini yerine getirmeye, yani sözler ile şeyler (vâkıalar) arasında yapılan ayrımın aslında sorunlu bir ayrım olduğunu hesaba katmaya çalışmak, insana daha da bir rahatsızlık vermektedir. Şayet insanın kafasını karıştıran muğlak dilin “arkasında” elle tutulur tarihsel gerçekliğin keşfedilmeyi beklediğini kabul edersek, o zaman dünya dilsel olan ve olmayan şeklinde iki ayrı parçaya bölünür. Bu yüzdendir ki, geçmişte sözcük araştırmaları (*Wortforschung*) ve şey/vâkıa araştırmaları (*Sachforschung*), düşünce tarihi ve gerçek tarih (*Realgeschichte*) şeklinde ikili ayrımlar ortaya çıkmıştır. Şüphesiz dil, dağları yerinden oynatamaz, gerçek anlamda savaşlar yapamaz, ölüleri diriltemez. Bu yüzdendir ki, (aslında gereksiz yere)* tarihsel “vâkıalar” ve vâkıalar yerin altına inip gözden kaybolduğunda ise bunların izleri (kemikler, silahlar, taşlar, paralar, kitabeler, binalar) vardır. Bu izler, -hem tarihçi, hem de hakim³⁹ için- çeşitli çıkarımlarla birbirine bağlanabilen ve pragmatik sınırların çizdiği çerçeve içerisinde yeterli sayılabilecek kadarıyla belirli bir kesinlik derecesine ulaşılmasını sağlayan “deliller”dir. Bu izlerin herbirisi, kendisinin “deşifre” edilebilmesini sağlayacak teorik bir çerçeve içerisinde yorumlanmaya muhtaçtır.

* Burada metodolojik açıdan bir sorun vardır. Zira kimileri şöyle der: Vâkıalar vardır; savaşlar, galibiyet ve mağlubiyetler yaşanmıştır; insanlar bunları yaşamıştır ve onların eserleri halen mevcuttur. Bu söylenen tabii ki doğrudur ve anlaşılması zor değildir. Bu yüzden burada “aslında gereksiz yere” dedim. Fakat tarihyazımında, âdiyattan olan şeylerle uğraşmayı bırakıp, devirlerin, fiillerin ve insanların karakterlerinin yorumlanması meseleleriyle uğraşmak lazımdır. Bu boyutta ise artık “vâkıalar”dan bahsetmek yeterli olmamaktadır. Oldukça basit görünen vâkıaların dahi anlaşılabilmeleri için her zaman yorumlanmaları gerekir. (Bu ilave açıklama, yazarın kendisi tarafından şahsıma ayrıca yapılmıştır.) (çev. notu)

39 Michael Stolleis, “Der Historiker als Richter – der Richter als Historiker” [“Hâkim Olarak Tarihçi – Tarihçi Olarak Hâkim”], *Geschichte vor Gericht: Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit* [Tarih Mahkeme Huzurunda: Tarihçi, Hâkim ve Adâlet Arayışı] içinde, Norbert Frei, Dirk van Laak, Michael Stolleis (haz.), Beck, Münih 2000, s. 173–182.

Bu iş nasıl yapılacak olursa olsun, kaçınılmaz bir şekilde metnin dışındaki gerçeklik ile alakası kurulması gereken ve dile bağlı olan bir müzakere süreci söz konusudur. Tarih, zihinsel ve ruhsal bir yapı olduğundan dolayı yalnızca dil içerisinde ortaya çıkabilir; çünkü tecrübe ettiğimiz ve algıladığımız dünya, dil ile kurulmuştur. Tarihsel bir durumu dile getirdiğimizde, aslında onu, ona dair bilgi ve yorumları sorumluluğu kendimize ait olacak şekilde kısaltarak [oluşturduğumuz bir taslak halinde] ihdas ederiz. O, sadece dil olarak bir varlığa sahiptir ve dil üzerinden aktarılır. Bu nedenle de tarihyazımı hiçbir zaman için dilin “arkasında” var olan gerçekliğe doğrudan ulaşmanın yolu değildir. O, yalnızca dil üzerinden aktarılabilen mesajların yine dil üzerinden tarihe mâl edilmesidir. Mazide kalan, hakkında artık konuşulmadığı zaman kaybolur. Anlamlandırılmayan taşlar ve anlaşılamayan işaretler geri planda kalır. Ancak adlarının konulması, –teolojik paralelliğin kafamızı karıştırmaması şartıyla söylemek gerekirse– vaftiz edilmeleri iledir ki, onlar canlı ve bilinebilir bir hale gelir.

Bu nedenle Karl Kroeschell’in şu ifadeleri ikna edici değildir: “Şüphe yok ki, tarihsel gerçekliğe sadece istisnai hallerde doğrudan bir erişime sahibizdir. Karls Aachener’in tahtı sekiz basamağıyla birlikte bugün hala buradadır; 811 ve 813 yıllarında onun tarafından özel kullanıma tahsis edilmiş olan arazilerin (*Bifänge*⁴⁰) izleri, Kaufunger Ormanı’nın bugün modern bir yerleşim ve kullanım alanı haline gelmiş olan kısmı içerisinde hala fark edilmektedir. Fakat bunlardan başka bizim ayrıca –her ne kadar bazı belirsizlikler ve hatalarla malul olabilirlerse de– tarihsel olayları sözcüklerle, yani dilin imkanlarını kullanarak bize aktaran yazılı kaynaklara da ihtiyacımız vardır. Ama ben yine de tarihsel olayların yalnızca dil üzerinden bir varlığa sahip olduklarını iddia etmem. Zira hiçbir şey bizi tarihe dair müzâkerenin yalnızca görünen gerçekliği ile yetinmek mecburiyetinde bırakmaz. Çünkü kaynakların yorumlanması da bize gerçekte ne olduğunu ya da olmadığını pekala gösterebilir”.⁴¹ Bu alıntıyı kullanılan kelimelere bakarak değerlendirecek olursak, o zaman birşeyin

40 İlk defa işlenmek üzere etraflı çit ya da duvarla çevrilen arazi. Bkz. Karl Kroeschell, *Bifang*, içinde: *HRG*, sy. 1 (1971), s. 418–420; Ignacio Czeguhn, *Bifang*, *HRG*, 2. bsk. 3. fasikül, Schmidt, Berlin 2005, s. 576 vd.

41 Karl Kroeschell, “Eine Totschlagsühne vor 700 Jahren: Die Rechtssache des Abtes von Walkenried” [“700 Yıl Öncesinde Ölüm Cezasını Hak Eden Bir Suçun Kefareti: Abtes von Walkenried’in Hukuki Meselesi”], *Rechtsverständnis und Konfliktbewältigung. Gerichtliche und außergerichtliche Strategien im Mittelalter* [Hukuk Anlayışı ve Uyuşmazlıkların Çözümü. Ortaçağda Mahkemelerde ve Mahkeme Dışında (Takip Edilen) Stratejiler] içinde, Stefan Esders (haz.), Böhlau-Verlag, Köln ve dğr. 2007, s. 121–139 (137 vd.).

“aslında nasıl vaki olduğu”nın araştırılabileceğini söyleyen Ranke’nin düsturunun (*Rankes Postulat*)* gerçeğe ne derece aktarılabilir olduğuna dair metodolojik açıdan var olan tüm şüphelerin geride iz bırakmadan kıyısından geçildiği izlenimine kapılabiliriz. Peki acaba kaynakların yorumlanması suretiyle bir şeyin “gerçekten” nasıl vaki olduğu ya da –daha da ileri gidilerek– olmadığı gösterilebilir mi?

Burada, gerçek bir malzemenin, örneğin bir kale kalıntısının, bir mezar buluntusunun ya da bir belgenin “istisnai hâllerde” tarihsel hakikate doğrudan erişimi sağlayabileceği varsayımından hareket edilmektedir. Fakat bu malzemeler dilsizdir. Yani Büyük Karl’ın (*Karl der Große*) tahtının ona ait olduğu, dili kullanarak ifade edilmelidir. Bu işin uzmanlarından oluşan camianın ise, ilgili tahttan “Karl’ın Tahtı” şeklinde bahsedilebileceğine, o tahtın herhangi bir kardinalin tahtından farklı olduğuna ya da sahte olmadığına “ikna” edilmesi gerekmektedir. Kaufunger Ormanı’nın bir kısmının özel mülk olup olmadığı, gerçekte var olan bir buluntunun yorumlanarak değerlendirilmesiyle öne sürülebilir, yani yorum meselesidir. Hz. İsa’nın gerildiği çarmlıha ait olduğu öne sürülen bir çivi ya da [üzerindeki Hz. İsa’yı andıran insan suretinin, bu beze Hz. İsa’nın bizzat temas etmiş olması sebebiyle oluştuğu öne sürülen] Turin’deki Kabir Bezi [*Shroud of Turin*], ancak bilimsel kamuoyunun bilimin o gün geldiği seviye itibarıyla çiviye veya bezi tarihsel açıdan yorumlayıp konumlandırması neticesinde tarihsel “vâkıalar” [gerçeklikler] haline gelebilir.⁴² Hepimiz biliriz ki, tarihte yanlış atıflar⁴³ ve ithaflar sürüyedir. Tarih, uydurma hikayeler, sahtelikler ve çok iyi düşünülmüş meşruiyet anlatılarıyla doludur. Tüm bunların araştırılması, aslında bize, insanın içerisinde yaşadığı dünyada

* Leopold von Ranke’nin (1795–1886), tarihçinin tarihi gerçekte “nasıl olduysa öyle” tasvir etmesi gerektiği söyleyen düsturuna riayet etmek bugün artık mümkün görünmemektedir. Çünkü bir kere “nasıl olduysa öyle” demek ne demektir? “Hakikatte nasıl olduysa öyle” denilmek isteniyorsa, o zaman “(tarihsel) hakikat” ne demektir? Yoksa “hakikat”, acaba bugün bizim tarihsel hakikat olarak algıladığımız şey midir; ki bu da pekala o devirde yaşamış olan insanların algılamış olduklarından başka bir şey olabilir! (Bu ilave bilgi, yazarın kendisi tarafından şahsıma ayrıca verilmiştir.) (çev. notu)

42 Temel önemi haiz bir eser: Ludwik Fleck, *Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache. Einführung in die Lehre vom Denkstil und Denkkollektiv* [Bilimsel Bir Vâkıanın Ortaya Çıkışı ve Gelişimi. Düşünce Tarzı ve Düşünce Birliği Kuramına Giriş], Suhrkamp, Frankfurt 1980.

43 Johannes Fried, “Die Garde stirbt und ergibt sich nicht. Wissenschaft schafft die Welten, die sie erforscht: Das Beispiel der Geschichte” [“Özel Birlik Ölür Ama Teslim Olmaz. Bilim, Araştırdığı Dünyaları Kendisi Üretir: Tarih Örneği”], 3.4.1996 tarihli *Frankfurter Allgemeine Zeitung* içinde.

işleri nasıl yoluna koyduğunu, dili kullanarak onları nasıl belirli şekillere soktuğunu ve cennetteki Adem gibi kainat ile hadisatı sürekli olarak nasıl yeniden “isimlendirdiğini” göstermesi bakımından olağanüstü bir cazibeye sahiptir.⁴⁴

K. Vâkıalar ve Kesinlik

Ama yine de bu tezlerdeki iddiayı belirli ölçüde pragmatik bir anlayışla yumuşatmak mümkün görünmektedir. Zira herşeyin yeniden ispatlanması gerekmez. Çünkü herşey belirsizlikle malul değildir! Elimizdeki imkanları tasarıflı bir şekilde kullanmamız mecburiyeti ve hayatımızın kısa olduğu gerçeği herşeyden şüphe etmeyi bize yasaklar. Olaylar yeterince belgelenmişse, tüm gücümüzü iyice emin olmak adına onları tekrar kanıtlamaya çalışmak için harcamak israf olacaktır. Olayların “kesin” olarak sabit olduğu durumlar vardır. Leibniz bu durumları şu şekilde teşhis etmiştir: “apaydınlık bir kesinlik..., yani kişinin, konuyla ilgili görüşlerin arasında var olan bağlantıya baktığında şüphe duymadığı ve aksini düşünemediği şeyler... Kesinliğin bu tanımı uyarınca, Konstantinopol’ün dünyada olduğundan, Konstantin, Büyük İskender ve Krösus’un yaşamış olduğundan şüphe duymayız. Her ne kadar Ardenenli bir köylünün, gerekli eğitimi almadığı için, haklı olarak bunlardan şüphe etmesi mümkünse de, bilgi sahibi ve eğitilmiş bir kimsenin ciddi anlamda zihinsel bir karmaşaya düşer olmaksızın bunlardan şüphe duyması mümkün değildir.”⁴⁵ Bu anlamda, aklı başında ve bilgi sahibi olan hiç kimse, Sezar’ın öldürüldüğünden, Büyük Karl’ın yaşamış olduğundan ya da –her ne kadar tahsilli bir arkadaşım, muzaffer bir komutan edasıyla bana bu konuya dair ciddi itirazlarının bulunduğunu söylemişse de– Yahudi soykırımının (*Holocaust*) vuku bulduğundan şüphe etmez. Çünkü bunların vaki olduğu hükmünün arkasında, –şayet her türlü iyi niyetimizi ve tarihçilik birikimimizi bir kenara bırakmadan meseleye bakarsak– “vâkıalar”, ürkütücü ve inkar edilemez olaylar yatmaktadır.⁴⁶ Fakat tarihyazımının temel soruları açısından şurası önemlidir

44 1. Mose, 2, 19, 20: Tanrı, “yeryüzündeki tüm hayvanları ve gökyüzündeki tüm kuşları” ... “onun bunları nasıl adlandıracağını görmek için insana getirdi, ki tüm canlı hayvanlar insanın kendilerine taktığı isimle anılsın. Böylece insan, gökyüzünün altındaki her türlü hayvan ve kuş ile yeryüzündeki tüm hayvanlara isimlerini verdi.”

45 Gottfried Wilhelm Leibniz, *Nouveaux essais sur l’entendement humain* (1704), ilk baskı, Amsterdam & Leipzig 1765; Almancası: *Neue Abhandlungen über den menschlichen Verstand* [İnsan Aklına Dair Yeni Araştırmalar], 1778, § 10: Kesinliğe Dair.

46 Bunların farklı bir yorumuna dair bkz. Lucie S. Dawidowicz, *The Holocaust and the Historians*, Harvard University Press, Cambridge & Londra 1981; James E. Young, *Beschreiben des*

ki, kişinin sözlü ve yazılı rivayetlere, yorumlara ve ithaflara müracaat etmesi gerektiği noktasında tereddüdü olmamalıdır. Vâkıaların ne derece kesin olduğunu, “yoğun tasvirlerin”⁴⁷ varlığına, inandırıcı delillerin çokluğuna, gen analizlerine ya da arkeolojik bulgulara⁴⁸ atıf yaparak tasdikleyip tesbit edebiliriz; kaldı ki tüm bu hallerde de geçmiş yine “haddizatında” ulaşamaz olmaya devam etmektedir. Çünkü bizi ona doğrudan ulaştıran kanallar yoktur. Mazi görülebilir kılınmaktadır; fakat hatlarının netliğinin az ya da çok kaybolmasına neden olan buzlu bir camın ardındaymış gibi...⁴⁹

L. Yazar olarak Tarihçiler

Bundan ne sonuç çıkar? Eğer mazide kalmış bir gerçekliğin toplumsal inşası anlamına gelen tarihyazımı, yalnızca dil üzerinden anlaşılabilir ise, yani ancak dilin kullanılmasıyla gerçekten inşa edilebiliyorsa, o halde tarih-yazımı ile şairane yaratıcılık arasındaki sınırların da geçişken olması gerekiyor. Tarihçiler ve şairler, Thomas Mann’ın *Yusuf ve Kardeşleri* adlı eserinin ilk cümlesinde söylediği gibi, “mazinin derin kuyularından” beslenirler. Her ikisi de dil aletiyle hafıza malzemesine şekil vererek hayal ürünü bir metin ortaya koyarlar. Tarihi yazanlar ile anlatanlar aslında ruh yapıları itibarıyla kardeşlerdir. Her ne kadar bu husus buraya kadar söylediklerimizin doğal

Holocaust: Darstellung und Folgen der Interpretation [*Holocaust’u Tasvir Etmek: Sunum ve Yorumun Sonuçları*], Jüdischer Verlag, Frankfurt 1992; Dan Michman (haz.), *Remembering the Holocaust in Germany, 1945–2000: German Strategies and Jewish Responses*, Lang, New York ve dğr. 2002); Dan Diner, *Gegenläufige Gedächtnisse: Über Geltung und Wirkung des Holocaust* [*Çatışan Hafızalar: Holocaust’un Geçerliliği ve Etkisi*], Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2007.

47 Clifford Geertz, “Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture”, *The Interpretation of Cultures: Selected Essays* içinde, Clifford Geertz, Basic Books, New York 1973 (Almancası: *Dichte Beschreibung: Beiträge zum Verstehen kultureller Systeme*, 3. bsk., Suhrkamp, Frankfurt 1994).

48 M.S. dokuzuncu yüzyılda, Arminius tarafından komuta edilen Cermenlere karşı, Varus’un kendisinin yok olmasına sebep olacak şekilde mağlup olduğu “Teutoburger Ormanı” kıyısındaki savaş, bugünkü kanaate göre Wiehen sıradağları kıyısındaki Kalkriese’de vuku bulmuştur. Arkeolojik buluntular bu tesbiti o kadar “makul” bir hale getirmektedir ki, kişi neredeyse tarihsel bir hakikatten bahsetmeye meyletmektedir.

49 Yeni tartışmalara dair temel bir eser için bkz. Joan Scott, “The Evidence of Experience”, *Critical Inquiry*, sy. 17 (1991), s. 773–798; buna karşı Lawrence Stone, “History and Post-Modernism”, *Past and Present*, sy. 131 (1991), s. 216 vd. ve sy. 135 (1992), s. 189–194. Burada Gabrielle Spiegel’in yazısına da bkz. “History and Post-Modernism”, *Past and Present*, sy. 135 (1992), s. 194–208.

sonucu olarak görünmekteyse de, kişinin aklına, tarihçilerin çoğunluğunun, -belli ki yaptıkları işin bilimselliğini ortaya koyabilmek adına- tarihyazımı ile kurgu (*Fiktion*) arasında ayırım yapmaya büyük önem atfettikleri şeklinde bir itiraz gelebilir. Bu nedenle kişinin, ille de -Hans-Ulrich Wehler'in yaptığı gibi- faraziyeyle dayalı anlatım ile eleştirel analiz arasında bir cephe açarak bunları karşı karşıya getirmesine gerek yoktur.⁵⁰ Böyle bir yaklaşım hatalı olur ve yanlış anlaşılmalara yol açabilir. Zira kişi Wehler'e hak verse ve bir taraftan bir oyun neşvesiyle ve kavramlara meftun olarak maziye inşa eden tavrı benimsemese bile, diğer taraftan bakıldığında açıktır ki, eleştirel analiz yapmaya yoğunlaşan tavır da aslında dil üzerine kurulmuştur ve şeklini yazarın verdiği bir mahsuldür.

Şayet tarihçinin, “şair/yazar” sınıfının birikim sahibi ve belirli metodolojik kuralların çizdiği sınırlara riayet etmekle mükellef olan özel bir alt türü olduğu kabul edilirse, o zaman güvenilir tarihyazımı ile serbest keşiflere dâyanan şiir arasında çizilen ve değişkenlik gösteren sınırdaki alan ürkütücü olmaktan çıkacaktır. Böyle olunca da, tarihyazımı ile şiir arasındaki farkı ortaya koymak için, söylenenlerin kaynaklar üzerinden sağlamasının ne derece yapılabilir olduğu ve bilim ahlakına sahip bir üslubun –ki bu üslup, tarih ile şiiri kasıtlı olarak birbirine karıştırmaya müsaade etmez- ne derece muhafaza edildiği soruları üzerine yoğunlaşmak gerekecektir. Sonuç olarak denilebilir ki, efsanelerin yıkılması ve yanlış ithafların ortaya çıkartılması söz konusu olduğunda, şair belki duygusal olarak daha ikna edici iken, eleştirel tarihçi daha güvenilirirdir. Her ikisinde de ortak olan özellik ise, geçmişte kalmış bir dünyayı, dili kullanarak yeniden canlandırıyor ya da “inşa ediyor” olmalarıdır. Şair ve tarihçinin faaliyet sahaları arasındaki geçişkenliğin bariz bir şekilde günyüzüne çıktığı yazım türleri, otobiyografik romanlar ya da gerçekliğin hatırdaki kalmış olan parçalarının kullanılması suretiyle inşa edilmiş, fakat hayal mahsulü olan metinlerdir. Romanlarda tasvir edilen insanlar, muhtemelen ya kendilerinin romanda çok kolay “tanınacak” şekilde anlatılmış olmalarından, ya da tam tersine, romanda anlatılan şekillerinin kendilerine yeterince benzediğinden şikayet eden asıllarına benzemektedirler. Her iki tür de yakın zamanda Almanya'da mahkeme kararlarına konu olmuş ve temel haklar alanında sanat özgürlüğü ile anayasa tarafından korunan kişilik hakkı arasında

50 Hans-Ulrich Wehler, *Literarische Erzählung oder kritische Analyse? Ein Duell in der gegenwärtigen Geschichtswissenschaft* [Edebi Anlatım mı, Eleştirel Analiz mi? Bugünkü Tarih Biliminde Bir Düello], Picus-Verlag, Viyana 2007.

ciddi gerilimlere sebep olan tartışmaların yaşanmasına yol açmıştır.⁵¹ Eğer ne en doğru kaynaklara dayalı çalışmaların, ne tarihsel romanların, ne de tamamen “gerçek olaylar”dan oluşan polis raporlarının ya da en güvenilir şahitlerin ifadelerinin hakikatin saf kaynağı olarak takdim edilmelerinin mümkün olmadığı noktasında tereddütümüz olmazsa, o zaman muhtelif yazım türleri arasındaki farklar azalır ve en nihayetinde mesele, yazarın kendi kendisine koyduğu standardın seviyesinin ne olduğu ile geçerlilikleri konusunda zımni bir fikirbirliği oluşmuş bulunan metodolojik kurallara ne derece riayet ettiği sorularının cevabına dayanır.

M. Hayal Gücü ve Hatıra

Tarih biliminde bugün artık genel bir kabul haline gelmiştir ki, kullanılan yazılı ve görsel kaynaklar insan ürünüdür, yani tamamen belirli bir amaç binaen üretilmişlerdir ve kesinlikle “gerçekliğin” birebir kopyası olarak görülemezler. Bu nedenle içeriklerinin ve onların ortaya çıkmasına neden olan niyetin eleştirel bir şekilde sorgulanıp anlaşılmaya çalışılması gerekir. Bugün genel olarak herkesin dile getirdiği şekliyle “anlamak”, yeni bilgiler ile önceden edinilmiş ve kaydedilmiş bilgiler arasında, dile bağımlı, zamansal ve kişisel bağlamın tesiri altında cereyan eden karşılıklı alışverişe dayalı bir süreçtir. Bu süreçte hayal gücü, esaslı ve yol gösterici bir rol oynar. Nitekim Kant şöyle demiştir: “Hayal gücünün, hakikatin algılanmasındaki katkısının çok belirleyici olduğu konusu üzerinde herhalde bugüne kadar hiçbir psikolog düşünmemiştir.”⁵² Üretkenliğe doğrudan tesiri olan hayal gücü olmasa, ne üstünkörü söylenmiş sözlerin anlamını tahmin edebiliriz, ne de yarısı tahrip olmuş bir kitabeyi doğru dürüst okuyabiliriz. Fakat tabiidir ki, hayal gücü aynı zamanda kişinin doğru yoldan ayrılıp yanlış yola sapmasına neden olabilecek büyük bir güce de sahiptir. “Kulaktan kulağa” oyununda çocuklar, ilk başta

51 Burada kast edilen, Maxim Biller’in “Esra” adlı kitabına ve “Contergan” meselesini tekrar canlandıran “Yalnızca Bir Hap” (*Nur eine Tablette*) adlı televizyon filmine dair verilmiş olan mahkeme kararlarıdır. İlk olayda kitap, şahsiyet haklarının ihlali nedeniyle yasaklanmış, ikinci olayda ise filmin gösterimine müsaade edilmiştir. Üçüncü bir olayın konusu ise, Florian Havemann’ın 2007 yılında Suhrkamp yayınevinden çıkan *Havemann* adlı kitabıdır. Bu kitap, yazarın kardeşleri tarafından açılan tazminat ve müdahalenin men’i davaları nedeniyle birçok yerinde sansürlenmiştir. Kitap, internette tanıtıldıktan sonra 2008 yılında yeni bir baskıyla tekrar çıkacaktır.

52 *Kritik der reinen Vernunft* (1781), Theorie-Werkausgabe, Suhrkamp, Frankfurt 1968, 3. c., 176 not. [Türkçesi: *Arı Usun Eleştirisi*, çev. Aziz Yardımlı, İdea Yayınevi, İstanbul 2008. (çev. notu)]

söylenen şeyin oyunun sonunda nasıl saçma bir şekle dönüştüğünü görünce çok eğlenirler. Psikologlar da, bizim yalnızca duymak ve anlamak “istediğimiz” şeyi duyup anladığımız konusunda açıklamalar yaparlar. Böylelikle anlaşılıyor ki, algıyı bilinçaltı ve beyinde depolanmış olan akisler yönlendirmektedir. Bundan başka biz de, algıladığımızın üzerine kendimizce eksik gördüğümüz noktalarda birşeyler koyarız. Nesneleri bize göre “doğru” hale gelinceye kadar evirip çeviririz. Böylelikle onlar, duruma göre, (gözlemcinin zaviyesinden) yanlış ya da doğru iz üzerine kanalize edilirler. 1492 yılında Amerika keşfedildiğinde, ilk önce burasının muhtemelen “Hindistan” a ait olan bir adalar topluluğu (*insulae nuper detectae*) olduğu zannedildi. Kolomb, yeni arazileri ve “Hintliler” i, kendisinin cennete dair hayallerinin ve antik tahayyüldeki harika diyarın (*locus amoenus*) birer yansıması olarak tasvir etti.⁵³ Ormanlarda bülbüllerin kanat çırpıklarını duydu. Halbuki o zamanlarda Orta Amerika’da bülbüllerin olmadığı delilleriyle sabittir.⁵⁴ Tıpkı Kolomb gibi, fakat bu sefer bir başka açıdan, yerliler de atlara binen Avrupalılar’ı kendi tanrılar alemine dair olan tasavvurları bağlamında insan ile Tanrı’nın karışımından oluşan yarı-Tanrı varlıklar olarak yorumlamış ve onların kullandıkları toplarda doğüstü güçlerin işaretlerini görmüşlerdir. Nihayet bu yolculukla ilgili olarak kaleme alınan gezi yazılarını Avrupa’da okuyanlar ise, tevarüs eden inanışlarına, hayallerine ve dil üzerinden kendilerine aktarılan –sözde- gerçekliklere binaen zihinlerinde bir “Yeni Dünya” tasavvuru oluşturmuşlardır. Bu yüzden bugün “Yeni Dünya Tasavvurları” konusunda yapılan araştırmalar, özellikle o zamanın Avrupalı insanının zihninde ne tür tasavvurların olduğu sorusu üzerine yoğunlaşmaktadır, ki yamyam efsaneleriyle ilgili çalışmalar bu noktada önemli veriler ortaya koymaktadır.⁵⁵

Önceden zihnimizde şekillenmiş olan fikirlerin, çekincelerin ve eğilimlerin yönlendirici etkisi, bizde bir şeyleri bildiğimiz inancını uyandıran bir

53 Ernst Robert Curtius, *Europäische Literatur und Lateinisches Mittelalter* [Avrupa Edebiyatı ve Latin Ortaçağı] 5. bsk., Francke, Bern & München, 1965, Bölüm 10, § 6.

54 Erwin Walter Palm, “Spanien und die Neue Welt” [“İspanya ve Yeni Dünya”], *Heimkehr ins Exile. Schriften zu Literatur und Kunst* [Sürgün Evine Dönüş. Edebiyat ve Sanat Yazıları] içinde, aynı yazar, Böhlau, Köln & Weimar & Wien Viyana 1992, s. 1-54 (7: “Yeni gerçeklik, geç dönem ortaçağın bakış açısıyla anlaşılıyor”); aynı yazar, *Zwischen Paradies und Wirklichkeit. Bilder von der Neuen Welt* [Cennet ile Gerçeklik Arasında. Yeni Dünyadan Resimler], s. 413-423.

55 Annerose Menninger, *Die Macht der Augenzeugen. Neue Welt und Kannibalismus-Mythos, 1492-1600* [Görüş Sahitlerinin Gücü. Yeni Dünya ve Yamyamlık Efsanesi, 1492-1600] Steiner, Stuttgart, 1995.

ambar vazifesi gören hatıralarımızı da etkiler. İnsan beyni üzerine yapılan en yeni araştırmalar, kişinin hatırladıklarının ne kadar güvenilir olduğuna şüpheyile yaklaşılması gerektiği fikrini desteklemektedir. Zihin, güvenilir bir şekilde kayıt altına alan ve kaydettiğini değiştirmeden tekrar aktaran bilgisayar gibi değildir; aksine o yaratıcı bir organdır ve bilgileri sürekli işleyerek değişik şekillere sokar. Hatıralar, depolanır ve uyarlanır; hayallerle karıştırılır ve isteklerle, hassasiyetlerle, önyargılarla beslenerek yeniden şekillendirilir. Hatıralar, silinir, üzerlerine yeni düşünceler yığılır ve böylece önceden var olan bir “çerçeve”nin içerisine yerleştirilir. Bu yüzden, tarihsel gerçekliklerin tamamen doğru bir şekilde depolandığından bahsetmek mümkün değildir.⁵⁶ Aksine depolananlar önceden verili olan kıstaslar ölçüsünde yeni şekillere sokulur. Hatıraların ömrü ve derinliği, zihni şekillendiren belirli önkabullerle, önverilerle ya da temel önemi haiz, anahtar değerinde olan tecrübelerle irtibatlandırılarak hafızaya nasıl bir enerji ile kazanmış olduklarına ve böylece “unutulmaz” kılındıklarına bağlı gibi görünmektedir. Fakat bu halde de yine, onların, üzerlerinden yılların geçmesiyle tekrar değişmeyeceklerine dair bir garantinin varlığından söz edilemez.

Hatıralar yeniden canlandıklarında ve dilin imkanları kullanılarak ifade düzlemine çıktıklarında tekrar yeni şekiller alırlar.⁵⁷ Bu durum, çok kereler değişik deneylerle kanıtlanmıştır. Örneğin kriminoloji alanında, şahitlerin olay anında ne gördüklerine dair eşzamanlı olarak sorgulanmaları halinde şaşılacak derecede birbirlerinden farklılaşan sonuçların ortaya çıktığı görülmüştür. Aynı şey, eski zamanlardan yapılan sözlü rivayetlerde de açıkça görünmektedir. Şöyle ki, her nesil hatıralara eklenecek yeni detaylar keşfeder

56 Wolf Singer, *Der Beobachter im Gehirn: Essays zur Hirnforschung* [Beyindeki Gözlemci: Beyin Araştırmalarına Dair Makaleler], Suhrkamp, Frankfurt 2002.

57 Wolf Singer, “Über Nutzen und Vorteile der Hirnforschung für die Geschichtswissenschaft” [“Beyin Araştırmalarının Tarih Bilimi İçin Getirdiği Fayda ve Avantajlar”], *Der Beobachter im Gehirn* (önceki dipnotta) içinde, a.mlf., s. 77–86; Johannes Fried, *Der Schleier der Erinnerung: Grundzüge einer historischen Memorik* [Hatıranın Perdesi: Tarihsel Memorik’in Temelleri], Beck, Münih 2004; eleştirel bir yazı için bkz. Hanna Vollrath, “Geschichtswissenschaft und Geschichtsschreibung: Zur Diskussion um das Buch *Der Weg in die Geschichte* von Johannes Fried” [“Tarih Bilimi ve Tarihyazımı. Johannes Fried’in *Tarihe Giden Yol* Başlıklı Kitabı Etrafındaki Tartışmalara Dair”], *Zeitschrift für Geschichtswissenschaft*, sy. 43 (1995), s. 451–459; Alexander Kraus, Birte Kohtz, “Hirnwindingen – Quelle einer historiografischen Wende? Zur Relevanz neurowissenschaftlicher Erkenntnisse für die Geschichtswissenschaft” [“Beyin Sarmalları – Histografyada Bir Dönüm Noktasının Kaynağı? Nöroloji Alanında Edinilen Bilgilerin Tarih Bilimi Açısından Önemi”], *Zeitschrift für Geschichtswissenschaft*, sy. 55 (2007), s. 842–857.

ve bunları ilave ederek, hatıraları iyileştirilmiş ve güncellenmiş halleriyle gelecek nesillere aktarır.

N. Bilim Ahlakının Çizdiği Sınırlar

Histogramya ile şiir sanatının birbirleriyle içiçe girmesi meselesini daha da ileriye götürmemek için şu hususu vurgulamak gerekir: Tabii ki, ilkesel olarak bilim ahlakının çizdiği sınırlar bulunmaktadır.⁵⁸ Tarihçinin hayal gücü, on yedinci asırdan beri tarih biliminde kabul edilegelen metodolojik düsturlar ile, yani çelişmezlik yasağıyla, aktarma ile değerlendirmenin, kaynakların verileri ile kendi açıklamalarının arasını ayırmak yükümlülüğüyle ve “en iyi” kaynakları ortaya çıkartmak gayesiyle kaynakların ve belgelerin giderek hassaslaşan bir şekilde eleştirilmesi gerekliliğiyle dizginlenmelidir. Tarihçinin hipotezi, -romandan farklı olarak- şayet bir başkası “daha iyi” deliller getirirse kendi söylediklerinin yanlış çıkabilmesi ihtimalinin her zaman bulunduğu şeklinde olmalıdır. “Normal” bir insan davranışının ne yönde olduğuna dair genel kabullere –ki bu kabuller benimsenirken normal olanın tanımının aslında zamanın şartlarına bağlı olduğu noktası üzerinde fazla kafa yorulmaz– şüpheyle yaklaşmak gerekir. Hele kaynak göstermeksizin öne sürülen iddiaların ise tamamen ciddiyetsiz olduğu kabul edilmelidir. Analitik tarih bilimi, Wehler’in haklı olarak söylediği gibi, “rasyonalizmin bir çocuğudur. Zira o kendisini, bilgiye ulaşma ameliyesini yönlendiren iyi tanımlanmış ilgi alanlarından yola çıkarak, [eylem ve süreçlere] sınırlar çizen şartları ve bireyler tarafından algılanan dünyayı ikna edici bir biçimde inceleyerek anlaşılır bir düzyazıyla okuyucuya ve dinleyiciye aktarabilmek gayesi üzerine bina eder. O, okuyucusunu ve dinleyicisini, öne sürdüğü gerekçelerin gücüyle ikna etmeyi ya da en azından okuyucuya/dinleyiciye kendi çelişkisini daha berrak bir şekilde göstermeyi amaçlar. Esasında onun dayanak noktası, her yönüyle karşılıklı gerekçelerin değiş tokuş edildiği bir fikir alışverişi ortamıdır. Böylelikle o, rasyonal düşüncenin ikna gücüne güvenir.”⁵⁹ Wehler, “ikna edici”, “ikna etmek” ve “ikna etme gücü” kavramlarını ısrarla arka arkaya kullanmak sûretiyle, aslında sürecin tümüne bakıldığında, analitik tarih biliminin, artık doğrudan erişilme imkanı

58 Lawrence Stone, “The Revival of the Narrative”, *Past & Present*, sy. 85 (1979), s. 3–24 (Almanca: Die Rückkehr der Erzählkunst, *Vom Umschreiben der Geschichte* [Tarihi Yeniden Yazmaya Dair] içinde, Ulrich Raulff (haz.), Wagenbach, Berlin 1986, s. 3–24).

59 Hans-Ulrich Wehler, *Literarische Erzählung oder kritische Analyse?* [Edebi Anlatım mı, Yoksa Eleştirel Analiz mi?] (dn. 51), s. 50.

kalmamış olan bir maziye dair yürütülen ve dil üzerine kurulan bir iletişim ve uzlaşma süreci olduğunu vurgulamaktadır.

Tarih bilimi kendisini rasyonel düşünmekle yükümlü hissettiğinde, bilimsel kalitesini artık yalnızca, mümkün olduğunca anlaşılır ve sağlaması yapılabilir bir dil kullanarak, yani kendisini metaforları, abartılı ve çapraşık ifadeleri kullanırken dizginleyerek ve böylece ilkesel olarak söylediklerinin sınanmasına ve yanlışlanmasına açık kalarak ileri sürebilir. Tarihsel bir romanın ise “yanlışlanmaya” ne ihtiyacı vardır, ne de onu yanlışlamak mümkündür. Buna karşın tarihsel bir araştırma, üzerine bina edildiği hipotezlerden birisinin yeni ve her cihetten ikna edici bir kaynağın ortaya çıkması neticesinde çökmesi sebebiyle ani bir şekilde değerini kaybedebilir. Bir el yazması, kaybolduğu zannedilen bir konuşma kaydı, umulmadık bir şekilde ortaya çıkan yazılı bir kalıntı ya da kitabe, arkeolojik bulgular veya diğer sürprizler bugüne kadarki kurguyu “yanlışlayabilir”. O halde tarih yazımı ile kurgusal edebi metinler arasındaki fark, mazinin dil aracılığıyla yeniden inşa edilmesinde, ortaya atılan bazı iddiaların boyutlarında ya da yaratıcılığın ve hayal gücünün oynadığı rol itibarıyla değil, bilimsel ifadelerin varlığından bahsedilebilmesi için uyulması gereken, bilim tarihi boyunca üzerinde ittifak edilmiş ve kurucu öneme sahip bulunan “kurallara” katı bir şekilde bağlı kalınması noktasındadır. Bu kuralların ihlal edilmesi tabii ki mümkündür; fakat her halükarda bir ihlalin mevzubahis olduğunun açıkça belirtilmesi gerekir.

III

Her ne kadar bazı noktalarda uyarlamalar yapmak gerekli görünse de –ki bunlar nihâi olarak pek bir şey değiştirmeyecektir– şu ana kadarki tüm söylediklerimiz “hukukun tarihini yazmak” bahsi için de geçerlidir. Şayet tarih biliminin bir şubesi olan hukuk tarihi, hukuk eğitimi veren kurumlar bünyesinde kendi bilimsel karakterini korumayı istiyor ve kendisini yalnızca yürürlükte olan hukuka belirli noktalarda yardımcı olmaya çalışan bir yardımcı bilim seviyesine indirgemek istemiyorsa, bol miktarda verimli mahsuller elde etmek üzere bağımsız araştırmalar yapmalı ve herşeyden önce, tevarüs eden yerleşik kanaatlerden ziyade, verimliliği artıran eleştirel yaklaşım tarzına daha fazla itibar etmelidir. Böylelikle, yeni şeyler düşünmeye ve söylemeye zorlayacak olan kafa karıştırıcı kimi meselelerin ortaya çıkabilmesi mümkün hale gelecektir. Bu meselelerin çözülmesi ise yine yeni kaynaklara müracaat edilmesi veya metodolojik açıdan yeni yaklaşım tarzlarının geliştirilmesi suretiyle

mümkün olacaktır. Ne yeni bilgilere ulaşmak yönündeki merakı, ne de yeni iddialar ortaya atmak yönündeki hevesi tek başına yeterli saymak ve ikisinden birisini önemsiz görmek doğru değildir. Zira ateşi yakan kıvılcımın, bugüne kadar bilinmeyen ya da yeni bir gözle tekrar okunan bir kaynaktan olduğu gibi, yeni bir “fikir”den de neşet etmesi muhtemeldir. Bir araştırmacının kendi hayatında ya da bir araştırma kurumunda bu iki tavrıdan birisi belirli bir zaman süresince diğerine galip gelebilir. Fakat ilke olarak şunun akıldan çıkartılması gerekir ki, tıpkı teorik altyapısı olmaksızın kaynakları üstüste yığmak gibi, kaynaklara dayanmayan teorik yaklaşımlar da birer “kurak arazi”dir.

Aynen tarih biliminin olduğu gibi, hukuk tarihinin de çok çeşitli saik ve niyetlerle yazılması mümkündür. Bu teşebbüslere yön veren, genellikle yalnızca geçmişini değil, kendi bugünümüzü de daha iyi anlamak yönündeki çift yönlü istek olacaktır. Zira halihazır yeterince karmaşıktır. Kimse onu tüm boyutlarıyla kuşatamaz. Ampirik verilerle çalışan sosyologlar ve siyaset bilimciler de yalnızca parçaları görürler. Tıpkı bunun gibi, hukuk sosyolojisi ya da hukuk etnolojisi de genel olarak kaidelerin ya da özel olarak devlet tarafından konulan hukukun işleyiş tarzının yalnızca belirli bir kesiti hakkında bilgi sunar. Hukuk tarihinin bu noktada yapabileceği katkı ise yeterince sınırlıdır: O, geçmişteki hukukun laboratuvarından bilgiler sunar ve şunu söyler: “Geçmişte şu şekilde işlemiş olabilir.” Şayet hukuk tarihi, kendisinin, bugünün sorunlarını çözmek ya da gelecekle ilgili tahminlerde bulunmak noktasında yetkin olduğunu iddia ederse, bu dürüst olmaz. Çünkü onun söyledikleri geçmişe dairdir ve -ilke olarak- yalnızca bizim bugün geçmiş hakkında bildiklerimizi değiştirebilir. Buna rağmen, hukuk tarihinin söylediklerine bakılarak çözülebilecek olan güncel sorunların bulunması da muhtemeldir.⁶⁰ Fakat bu durum, kendi bilimsel meşruiyetini bu ihtimalin varlığıyla izah etmeye ihtiyacı olmayan temel bir disiplinin araştırmalarının yalnızca yan ürünüdür.

A. Anlamak ve Tercüme Etmek

Nihayetinde hukuk tarihi, içinde bulunduğumuz zaman diliminde yazılmaktadır ve bu yüzden bugünün araştırma ve ilgi alanlarına bigane kalamaz. Bizim bugünün penceresinden bakarak geçmiş sorular yöneltiyor olmamız aslında kusurdan arı bir tutum değildir. Fakat elimizden başka türlü de

60 Burada, Baden eyaletindeki Haus der Großherzöge ile Baden-Württemberg eyaleti arasında yaşanan ve 2007/2008 yıllarında gündemde olan, sanat koleksiyonları ve kütüphanelerle ilgili tartışmaları hatırlamak yeterlidir.

gelmez. Yapmamız gereken yalnızca, geçmişin içerisine daldıktan ve onun kaynaklarını iyice tanıdıktan sonra, bu kaynaklara ve kendimize eleştiriler yöneltmek suretiyle kendimizi, edindiğimiz bilgileri yanlış bir şekilde bugüne taşımaktan ve bize yabancı olanı yanlış anlamaktan korumaya çalışmaktır. Zira insanoğlu kendisine yabancı gelen şeyleri anlamlandırabilmek için çok hızlı bir şekilde onlarla bildiği ve tanıdığı şeyler arasında benzerlikler kurar. Gerçekten de kendimizi ilk önce, eski zamanların hukuk dilini sanki ondan hiçbir şey anlamıyormuş, sanki bir kelimenin “ne anlama geldiğini” ancak o kelimenin kullanıldığı bağlamı anlamakla öğrenebilecekmişiz gibi gözlemleyecek şekilde ayarlamamız gerekir.

Vardığımız sonucu “tercüme” etmemiz gerekmektedir. Bu gereklilikten, yalnızca kaynakların asıllarından alıntılar yapmak suretiyle kendimizi kurtaramayız. Bilakis bunların ne söylediğini kendi dilimizde “ifade edilebilir” bir hale getirmemiz gerekir. Tabii bunu yaparken de sürekli olarak, geçmişin hukuk dilini bugünküyle değiştirmek ve yanıltıcı benzerlikler kurmak tehlikesiyle karşı karşıyayızdır. Daha önceden dediğimiz gibi, bunun aksi de tabii ki mümkündür. Yani, bugünkü hukuki ilişkiler ile geçmiştekiler arasında belki de tahmin ettiğimizden çok daha fazla benzerlikler vardır. Zira hukuk tarafından düzenlenen insan hayatının temel durumları neredeyse hep aynı kalır. Bunları düzenlerken kullanılan hukuki yapılar her zaman yeniden icat edilmez. Aksine bunların yavaş ve küçük adımlarla⁶¹ değişiklikleri tecrübeyle sabittir. Bunun bir sebebi de şudur ki toplumlar, kaynakları ekonomik bir şekilde kullanmak gereksinimine tâbi olarak yalnızca mecbur oldukları kadarını değiştirme eğilimindedir.

Bunun “gelişim” mi yoksa “evrim” mi olarak adlandırılması gerektiği tartışması, iddialı, fakat sonuç itibarıyla pek getirisi olmayan bir tartışmadır.

61 Bu sahada neler yapılabileceğini ortaya koyan bir çalışma için bkz. Marie Theres Fögen, “Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems” [“Hukuk Tarihi – Sosyal Bir Sistemin Evriminin Tarihi”], *Rechtsgeschichte*, sy. 1 (2002), s. 14–19; a.mlf, “Zu einer Debatte, die keine werden wollte” [“Tartışılmak İstemeyen Bir Tartışmaya Dair”], *Rechtsgeschichte*, sy. 2 (2003), s. 12 vd. Bu eser, Manfred Aschke’nin *Kommunikation, Koordination und soziales System: Theoretische Grundfragen für die Erklärung der Evolution von Kultur und Gesellschaft* [İletişim, İşbirliği ve Sosyal Sistem: Kültürün ve Toplumun Evriminin Açıklanmasıyla İlgili Temel Sorular], Lucius und Lucius, Stuttgart 2002 adlı eserine giriş mahiyetinde görülebilir; Marc Amstutz, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft* [Evrilen Ekonomi Hukuku: Pazar Toplumuun Söylem Çatışmaları İçinde Hukuka ve Onun Metoduna Dair Ön Araştırmalar], Nomos, Baden-Baden 2001.

Zira ister romantik bir şekilde gelişimden, isterse de Darwinci anlamda evrimden bahsedilsin, bunların her ikisine karşı da birçok önyargının dile getirilmesi kuvvetle muhtemeldir. Şayet hukuktaki değişimleri, normatif düzen taslakları hakkında süregiden siyasi ve toplumsal müzakerelerin zaman boyutu itibarıyla birer meyvesi olarak değerlendirecek olursak, o zaman bu süreci nasıl adlandırdığımız ancak ikinci dereceden bir öneme sahip olur. Çünkü isim, -tıpkı malzeme yekununu bir düzene sokmak için tasarlanan sistemler gibi- bir etiketten ibarettir; entelektüel bir sanat ürünüdür. Şüphesiz değişimler meydana gelmektedir ve bunlar arasında daha yavaş olanları bulunduğu gibi, daha hızlı vuku bulanları da vardır. Alım ve satım, kredi ve ipotek ya da kefalet yoluyla kredinin güvence altına alınması, kira ve rehin, miras bırakmak ve mirasa konmak, nişanlanmak ve evlenmek, malların ve hakların devri bahisleri, Kadim Şark'ın erken dönem yüksek kültürlerinden beri hukuk tarihinin malumu olan konulardır. Bu ilişkilerin çerçevesini çizen koşullar bariz ve esaslı bir şekilde değiştiği halde, bunlar binlerce yıldır oldukça sağlam kalmış gibi görünmektedir. Bu nedenle, bunlardan yola çıkarak evrensel bazı iddialar geliştirmek ya da bu hukuk figürlerinin üzerinde durdukları temellerin genel olarak aynı kaldığını kabul etmek yönündeki tahrik güçlüdür. Özellikle Özel Hukukun Tarihi alanı bu tahrikle yüzleşmek durumundadır. Bu tahrikin boyutları, Ceza ya da Kamu Hukukunun Tarihi alanlarında daha zayıftır. Çünkü bu alanlarda, kalıpların değişmesi ve devrim niteliğindeki sıçrama ve kırılmalar çok daha keskin bir şekilde vuku bulmakta ve dar anlamda “tekerrürlerin” varlığından bahsetmek, ancak oldukça yukarıdan ve soyut bir seviyeden bakıldığında mümkün gibi görünmektedir.

B. Hedeflenen Bilgi/İdrak Düzeyi

Hukuk tarihçisinin genel ilgi alanını, geçmişteki hukuk düzenlerinin nasıl “işlediğini” anlamak ve izah etmek şeklinde kabul edecek olursak, o zaman onun önünde yapması gereken bazı temel ödevlerin bulunduğunu görürüz. Helmut Coing, bu ödevlerin neler olduğunu kendine has sistematik ve soğukkanlı üslubuyla şu şekilde tasvir etmiştir:⁶² (1) İlgili zaman diliminde neyin hukuk olarak geçerliliğe sahip olduğu ve bunun nasıl bir düzen çerçevesinde işleminin gerektiği yönündeki tasavvurlara bağlı kalarak “hukukun

62 Helmut Coing, *Aufgaben des Rechtshistorikers* [Hukuk Tarihçisinin Ödevleri] (Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, c. XIII, sy. 5, Steiner, Wiesbaden 1976).

kaynakları”nı araştırmak. (2) Bu kaynakları, hukuk düşüncesinin farklı derecelerde profesyonelleşmiş olduğunu hesaba katarak ait oldukları kültürel bağlama oturtmak. (3) Her bir kurumu ve kuralı, kişinin kendi hukuk tecrübesini esas almasının neden olacağı anakronik yorum tarzından kaçınarak analiz etmek. (4) İlgili tüm sosyal, ekonomik, dini ve diğer zihinsel ve ruhsal durumları hesaba katarak “geçmişteki bir hukuk düzenine ait olan bir kuralı kendi tâbi olduğu şartlar çerçevesinde anlamak ve onu, kendi zamanına ait “düzene dair bir sorunun çözümü” olarak kavramak.”⁶³ (5) Bir toplumun, kendisi tarafından tanınan hukuk kurallarından oluşan bileşik ve çok yönlü yapıyla nasıl bir ilişki içerisinde olduğunu, yani somut olayda uygulanabilecek kuralın ne olduğunun vatandaşlar ya da hukukçular tarafından nasıl teşhis edildiğini, hukukun bu iş için oluşturulmuş kurumlar bünyesinde ve bunlar eliyle uygulamaya nasıl aktarıldığını gözlemlemek. Bu son ödevin layıkıyla yerine getirilebilmesi için, hukukun bilim tarihini, yani tarihin ilgili döneminde hukukla profesyonel anlamda ilişkisi bulunan her kesime mensup insanların hukuk algısını incelemek.

Bu şekilde genel olarak tesbit edilen düsturların tam anlamıyla gereğinin yapılması tabii ki zordur. Bir kere herşeyden önce, somut hukuk kuralını ya da onun uygulamaya aktarılış şeklini, bunları kuşatan kültürel bağlama yerleştirmek, her seferinde değişik şekillerde yapılabilecek olan zor bir iştir. Mesela tarihte bir toplumun neden belirli şeyleri evlenme engeli saydığını, evli bir kadının yaptığı hukuki işlemlerden neden bazılarının geçerli, bazılarının ise geçersiz sayıldığını anlayabilmek için, kişinin o zamanın toplumlarındaki yaşam tarzına ve görev dağılımına dair kapsamlı bilgilere sahip olması gerekir. Aynı şey, savaş kuralları, ticari adetler, sosyal güvenlik sistemleri, kredi verme ve verilen krediyi emniyet altına alma yolları ve birçok şey için de geçerlidir. İnsanların bir arada yaşayabilmesi ancak açıkça ve zımnen kabul edilen kuralların yardımıyla mümkündür; ki bu kuralların da yalnızca belirli bir kısmı -tarih içerisinde her seferinde değişen oranlarda- “hukuk kuralları” olarak adlandırılır. Yine bu hukuk kurallarının hepsinin de devletin iradesiyle tesis edilmesi şartı yoktur; ki böyle bir şartın varlığını aramak, modern, geçmişe bakışta hiç de uygun olmayan bir yaklaşım olur. Tam aksine, bu hukuk kuralları, ancak onları kuşatan ve taşıyan, kültürlerle göre farklılık gösteren toplumsal kabuller, zihinsel ve ruhsal durumlar arasında oluşmuş bulunan ağ içerisinde yerleştirilerek anlaşılabilir. Buna paralel olarak, neden bazı hukuk kurallarının ya da olduğu gibi kanun metinlerinin/kodifikasyonların hukuk “transfer”i yoluyla

63 Coing, (dn. 63), s. 21. Bu kısım, metnin aslında da italikle yazılmıştır.

başka bölgelere ve farklı işleyen kurallardan oluşan ağların içerisine seyahat ettiklerini araştırmak istediğimizde karşımıza çıkan araştırma ödevleri de aynı şekilde karmaşıktır.⁶⁴ Bu iktibas ya da transfer meseleleriyle ilgili olarak şu gözlemin de yapılması gerekmektedir: Daha ziyade dini ve ahlaki kurallar tarafından idare edilen ve uyuşmazlıkları çözmek için hukuka ve mahkemelere ancak mecbur kalındığında müracaat edilen hukuk kültürleri de vardır.

C. Hukuk Tarihinin Geleceğe Yönelik Ödevleri

Burada derinlemesine izah etmekten ziyade yalnızca değinmekle yetindiğimiz problemler, bahsedilen sorularla ilgili olarak başlangıç seviyesinde var olan bilimsel merakı felce uğratmamalıdır. Tam aksine, kişi yazar olarak bu soruların varlığının idrakinde olduğunda, belki de kendisini “ne söylediğini bilen masum bir anlatıcı” olmaya götüren yolu tekrar açabilir. Nitekim ulus-merkezli hukuk tarihçiliği döneminin sona erdiği bu zamanda karşımızda duran araştırma vazifelerinin yekûnuna baktığımızda, bu yolun açılması oldukça önemlidir. Son yıllarda kalitesi giderek artan ders kitapları⁶⁵ üzerinden ortaya çıkmaya başlayan Avrupa Hukuk Tarihi, günümüz hukukunun sorularından –tabii ki bunlara belirli bir mesafede durmak şartıyla– esinlenen hakiki bir tarih disiplini olarak, karşılaştırmalı hukuk ve hukuk tarihi şeklinde neşvü-nema bulmalıdır. Ulus-sonrası bu yeni yönelimle birlikte, çoktan beri eleştiri-legelen Romanistik, Kanonistik ve “Germanistik”* (*ius patrium*)** alanlarını

64 Marie Theres Fögen, Gunther Teubner, “Rechtstransfer” [“Hukuk Transferi”], *Rechtsgeschichte*, sy. 7 (2005), s. 38–45.

65 Hans Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte* [Avrupa Hukuk Tarihi], 4. bsk., C.F. Müller, Heidelberg 2004; Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts: Von den Frühformen bis zur Gegenwart* [Hukukun Tarihi: Erken Görünümlerinden Bugünkü Haline Kadar], 2. bsk., Beck, Münih 2001; Raoul C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1995; A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa: Dal medioevo all’età contemporanea*, Il Mulino, Bologna 2007. Paolo Grossi’nin kaleme aldığı ve başka birçok dilde de yayınlanacak olan *Avrupa Hukuk Tarihi*’ne dair eserin 2008 yılında çıkması bekleniyor. [İngilizcesi: Paolo Grossi, *A History of European Law*, Blackwell Publishing, Oxford 2010. (çev. notu)]

* Romen Kültürü, Dilleri ve Edebiyatı (Romanistik), Roma-Katolik Kilisesi Hukuku (Kanonistik), Cermen Kültürü, Dilleri ve Edebiyatı (Germanistik). (çev. notu)

** Bu kavram, Latince’de “memleketin hukuku” anlamına gelmektedir. Germanistik alanında bugüne kadar yapılan çalışmalarda, geleneksel olarak “Alman” hukuk tarihine “memleketin hukuku” gözüyle bakılmıştır. Burada, özellikle on dokuzuncu yüzyılda yaygınlaşmış olan ve hukuk tarihinin malzemeleri arasında bu gözle ayrımlar yapan bakış açısı eleştirilmektedir. (Bu ilave açıklama, yazarın kendisi tarafından şahsıma ayrıca yapılmıştır.) (çev. notu)

birbirlerinden izole eden disipliner yaklaşımı aşmak da mümkün olacaktır. Geçmişte çeşitli hukuk kütleleri ortak hayat alanını paylaştıkları ve bu nedenle birbirleriyle sıkı bir ilişki içerisinde bulunmuş oldukları için, düzene dair her bir problemin yeniden inşa edilmesi esnasında bu hukuk kütlelerinin muhakkak bir araya getirilmeleri gerekmektedir.* Bunu yaparken, bugüne kadar aşırı derecede abartılmış olan uzmanlaşma mantığı belki karşımıza bazı engeller çıkartabilirse de, uzmanlaşma aslında ilkesel anlamda bir engel değildir.

Geleceğe dair ödevlerden acilen çözülmesi gerekenlerden bir tanesi de hukuk tarihinin Özel Hukukun Tarihi'ne indirgenmesi meselesidir. Şayet bütün hukuk düzenini, “toplumun ortaya çıkarttığı bir düzen taslağı” olarak görececek olursak, o zaman hukukun tüm disiplinleri potansiyel olarak aynı derecede önemlidir; zira bilindiği gibi hukuki sorunlar, -üniversitelerdekinden farklı olarak- branşlar arasında bir ayrım gözetmeksizin karşımıza çıkarlar. Bu açıdan bakıldığında, Özel Hukukun Tarihi ile ilgili çalışmaların, özel hukuk ilişkilerinin nasıl işlediğini anlayabilmek için Ceza Hukuku Tarihi, Kamu Hukuku Tarihi, Anayasa Hukuku Tarihi ve belki de Devletler Hukuku Tarihi alanlarındaki çalışmalara ihtiyacı olduğu aşikardır. Nasıl yürürlükte olan hukukta birçok hukuk sahasının birbirleriyle ilişki içerisine girmesi kaçınılmaz oluyorsa, hukuk tarihinin de akademik tasniflere bağlı kalmaksızın, problemin kaynağını “hayatın neresinde” görüyorsa orada araştırma yapması şarttır.

Son olarak, Avrupa Hukuk Tarihi'nin, arzu edilen şekilde gelişebilmesi için, bugüne kadar çok fazla ihmal edilmiş bulunan -Romanya, Bulgaristan ve Balkanlar'daki Bizans-Osmanlı Tarihi de dahil olmak üzere- Doğu ve Güneydoğu Avrupa ülkelerini de kuşatması gerekmektedir. Bu sahayla yoğun olarak ilgilenilmesi, Avrupa Hukuk Kültürü'nün uyumsuzlukların yumuşatılmasına önemli katkılarda bulunan özelliklerinin, yani Ortaçağ'da başlamış olan din ve

* Burada hukuk tarihçilerinin bir sorununa işaret edilmektedir. Zira onlar, çoğu zaman Özel Hukukun Tarihi, Ceza Hukukunun Tarihi veya Muhakeme Usulünün Tarihi gibi bir alanda uzmanlaşmakta ve araştırmalarını bu saha üzerine yoğunlaştırmaktadırlar. Halbuki tüm hukuk kütleleri birbirleriyle irtibat ve etkileşim halindedir. Geçmişte yaşanmış olan hayata baktığımızda, hukukun farklı sahalarını ilgilendiren kuralların hepsinin aynı anda gündeme gelmesi ihtimali -her zaman olmasa da- ilkesel olarak mevcuttur. Örneğin bir trafik kazasında, trafik hukuku, ceza hukuku, medeni hukuk (tazminat talepleri) ve özellikle de -araçların genellikle sigortalı olmasından dolayı- sigorta hukuku aynı anda gündeme gelir. Bu yüzden, hukuk tarihçilerinin çoğu kere kendi özel ilgi alanları üzerine yoğunlaşmaları, onların resmi “doğru” bir şekilde görebilmelerini engellemektedir. (Bu ilave açıklama, yazarın kendisi tarafından şahsıma ayrıca yapılmıştır.) (çev. notu)

hukuk ayrımının, hukuk devleti, irade özgürlüğü ve sosyal tedbirler mefhumlarının, kanunlaştırma fikrinin, insan haklarının ve temel hakların, demokrasi ve devlet teşkilat yapısının çeşitli görünümünün daha iyi anlaşılmasına katkıda bulunacaktır. Bu mesaj, bizim kendisiyle iftihar edebileceğimiz ve bu yüzden diğer kültürlerle ulaştırmamızın doğru olduğu kendimize ait bir mesaj olacaktır.*

Hukukun nasıl “işlediği”; örf, âdetler ve dinin içerisinden çıkarak nasıl geliştiği; din adamlarının nasıl hukuk uzmanlarına ve hukuk bilginlerine dönüştükleri; sözlü hukuk kültürünün nasıl yazılıya dönüştüğü; belediye meclisi üyesi, jüri ve hâkimlerin neyin hukuk olduğunu nasıl “buldukları” ve bildirdikleri; toplumların, düzeni bozanlarla nasıl baş ettikleri, kendi iç hiyerarşik nizamlarını nasıl düzenledikleri, komşularına nasıl savaş ilân ettikleri ve onlarla tekrar nasıl barıştıkları; güçlülerin zayıfları nasıl yönlendirdiği, baskı altına aldığı ve zayıfların ise hukukun yardımıyla güçlülerin himmetini kazanmayı ve onlara kudretlerinin sınırlarını göstermeyi zaman zaman nasıl başardıkları; evlenme ve boşanmaların nasıl meydana geldiği; boşanma esnasında tarafların nasıl da tencereleri, tavaları ve ortaklaşa aldıkları yatağı paylaşmak için pazarlığa tutuştukları ve birbirlerine girdikleri; çiftliklerin nasıl el değiştirdiği ve vasiyetlerin nasıl yapıldığı- tüm bunlar hukuk tarihinin konularıdır.

Gelecekte hukuk tarihinin vazifesi, yirmi birinci yüzyılda hukuk tarafından düzenlenmiş hayatın nasıl yürüdüğünü, vatandaşların seçme haklarını nasıl kullandıklarını, tüketicilerin Avrupa düzeyinde seslerini duyurmayı nasıl başardıklarını, internet hukukunun, seyahat hukukunun ya da hava taşımacılığı hukukunun nasıl işlediğini, sürekli birbiri içine giren ve karşılıklı alışveriş halinde bulunan dünya toplumunun devlet tarafından konulmuş eski hukuk yığınlarıyla nasıl bir ilişki içerisinde olduğunu ortaya çıkartmaya çalışmak olacaktır. Hukuk tarihçileri, bu hayatı ve onun hukuk kurallarını nasıl yeniden inşa edebileceklerini, anakronik düşünmekten kaynaklanan yanlış

* Yazar halihazırda, Frankfurt'ta bulunan Max-Planck-Institute for European Legal History bünyesinde, Osmanlı Devleti'nin bölgeden çekilmesinden sonra Güneydoğu Avrupa Devletleri'nin Batı Avrupa ile hukuk sistemlerini uyumlu hale getirmeleri sürecinde yaşadıkları hukuki, siyasi, toplumsal ve zihinsel değişimlerin araştırıldığı “Osmanlı Sonrasında Güneydoğu Avrupa'da Milli Hukuk Düzenlerinin Kurulması: Çözülüş, Şekillenme ve Düzen Anlayışının İktibası” (“Establishment of National Legal Systems in Post-Ottoman South Eastern Europe: Deconstruction, Formation and Transfer of Normativity”) başlıklı bir projeyi yönetmektedir. Projenin önemine, hipotezlerine ve metodolojisine dair daha fazla bilgi için bkz. <http://data.rg.mpg.de/Rechtstransfer-Suedosteuropa.pdf>. Buradaki metnin sonunda bir de kaynakça vardır. (çev. notu)

anlaşılmalara önüne nasıl geçebileceklerini, kendi önyargıları ve fikrisabitlerinin farkına nasıl varabileceklerini tekrar sorgulayacaklar ve şayet bunlara dair yazacak olurlarsa, kaynakları “doğru” yorumlayıp yorumlamadıklarının, yorum ile kurgu arasındaki sınırı aşıp aşmadıklarının idrakine varacaklardır. Her halükarda ellerinde “vâkıalar” olmayacaktır; objektif hakikati bulamayacaklardır; aksine bilimsel fikir alışverişinde bulundukları kimselerin –genelde söylendiği şekliyle bilim camiasının (*scientific community*)-, şöyle ya da böyle makul bir şekilde yorumlayarak sundukları teklifler üzerinde hemfikir olmalarını sağlamaya çalışacaklardır. Sonuçta onlar da yaratıcı bir şekilde hayal güçlerini ve dile dayalı duyarlılıklarını kullanacaklardır. Umarız ki, bu konulara ilgi duyanların nesli tükenmez.

Kitâbiyat

Şeyhülislam Ebussuud Efendi, *Ma'rûzât*, Pehlül Düzenli (haz.), Klasik Yayınları, İstanbul 2013.

Klasik Yayınları'nın "Osmanlılarda Hukuk ve Toplum" serisi çerçevesinde çıkarmış olduğu orijinal metin transkripsiyonlarına, geçtiğimiz ekim ayında Pehlül Düzenli tarafından hazırlanan Ebussuud'un *Ma'rûzât*'ı da eklendi. Düzenli, *Ma'rûzât*'ın metin tenkidini de içeren bu çalışmaya Ebussuud'un hayatı ve eserleri üzerine bilgiler vererek başlamayı tercih etmiş, bu ilk bölümü "ma'rûzât" kavramı ve genel olarak ma'rûzâtlar üzerine ikinci bir bölüm takip ediyor. Üçüncü bölüm transkripsiyon kısmından oluşuyor, bu bölümde Ebussuud'un *Ma'rûzât*'ının farklı nüshaları karşılaştırılarak metin Latin harflerine çevrilmiş. Bu bölümü "Ma'rûzât Özetleri" adı altında bir diğer bölüm izliyor ve en son bölümde de bir metin tenkidinin temel amacını oluşturan çalışma yapılarak "en doğru" *Ma'rûzât* metni ortaya konmaya çalışılmış.

Düzenli'nin bu çalışmasında, farklı nüshaları olan bir metnin *édition critique*'inin ya da "metin tenkidi"nin nasıl bir metotla yapılması gerektiği, üzerinde düşünülmesi gereken bir konu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu konuda metodik açıdan bir öneriyi Ahmet Ateş, *Türkiyat Mecmuası*'nda yayınlanan "Metin Tenkidi Hakkında (*Dasitân-ı tevârih-i mülûk-i âl-i Osman* münasebeti ile)"¹ makalesi ile yapmıştır. Yazar bu makalede Nihat Sami Banarlı'nın

1 Makalenin tamamı için: Ahmet Ateş, "Metin Tenkidi Hakkında (*Dasitân-ı tevârih-i mülûk-i âl-i Osman* münasebeti ile)", *Türkiyat Mecmuası*, VII-VIII (1942), s. 253-267.

Dasitân-ı Mülûk-i Al-i Osman Cemşid ve Hurşid Mesnevisi transkripsiyonunu eleştirmiş, buna ek olarak metin tenkidi hakkında bazı temel sorunlara dikkat çekmek istemiştir. Makalenin kaleme alındığı 1942 yılında, metin tenkidi üzerine ve genel olarak filoloji metotları üzerine pek fazla eserin verilmemiş olduğu da yazar tarafından belirtilmektedir.² Ahmet Ateş'e göre, bir metin tenkidinin temel amacı, okuyucuya, "(...) mümkün olduğu kadar, müellifin kaleminden çıkmış (original) metnin aynı olan bir metin vermektir."³ Ateş, daha sonra bir metnin aslına ulaşabilmek için en temel yöntemin, farklı nüshalar-daki ortak hatalardan yola çıkmak, böylece nüshalar arasındaki akrabalık ilişkisini tespit etmek olduğunu ifade etmiştir.

Pehlül Düzenli'nin, Ahmet Ateş'in farklı nüshalar arasındaki farklılıkların belirtilmesi kuralını ciddiyetle ve titizlikle uygulamış olduğu transkripsiyon bölümünde göze çarpmaktadır. Düzenli, değişik nüshaların içerdiği eklentileri ve eksiklikleri dipnotlarla açıklamayı tercih etmiştir. Bu tercih, farklılıkları göstermek bakımından son derece yerinde bir seçim olmasına rağmen, metnin yer yer okuyucuyu yoran ve okuyucunun dikkatini dağıtan bir hale bürünmesine de yol açabilmektedir. Öte yandan, metinler arasındaki farklılıkları göstermenin başka bir yolu da şu an için mümkün görünmemektedir. Yazar, kaynakçadan anlaşıldığı kadarıyla *Ma'rûzât*'ın yirmi bir farklı nüshasından, daha doğrusu bu nüshaları içeren yirmi bir farklı metinden yararlanmıştır. Bu metinlerin *Ma'rûzât* kısmı hakkında bilgi verilmekle beraber, metinlerin özelliklerinin yeterince anlatılmış olduğunu söylemek mümkün değildir. Nüshaların müstensihî bulunup bulunmadığı, istinsah tarihinin belli olup olmadığı gibi soruların yanıtı verilmektedir. Ancak nüshanın alıntılıandığı metnin bütününe dair bilgi eksikliği vardır. Böylece *Ma'rûzât* metninin bir kanunnâmenin mi yoksa bir fetva derlemesinin mi sonunda yer aldığı gibi bir sorunun cevabı eksik kalmaktadır. Bu soruya cevap aramanın ardından yatan en önemli neden ise, *Ma'rûzât* metnini, içinde yer aldığı veya sonuna eklendiği eserden bağımsız değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususuna bağlanmaktadır. Örneğin yazarın, *Milli Tettebular Mecmuası*'ndan aldığı nüshadan bahsetmek gerekirse, bu dergideki *Ma'rûzât* metni, Kanunnâme neşrinin bir parçası olarak yer almıştır. Düzenli, *Milli Tettebular Mecmuası*'nda *Ma'rûzât* metninin kaynağının belirtilmediğini ifade etmektedir (s. 52). Oysa *Ma'rûzât*'ın bağlı olduğu kanunnâme ile ilgili bazı bilgiler dergide verilmiştir. Baştaki dipnotta, Kanunnâme'nin Köprülüzade Fuad Bey'in kütüphanesinden alınmış olduğu

2 Ateş, a.g.m., s. 253.

3 Ateş, a.g.m., s. 255.

ifade edilmektedir.⁴ Kanunnâme'nin istinsah tarihi ise derginin ikinci cildinde 1129 (1716–1717) olarak belirtilmiş⁵, bu bilgiden sonra “Araziye müteallik kanun ve fetvadır” başlığı ile birtakım hükümlere yer verilmiş ve daha sonra, aynı metin içine “Hâzâ Ma'rûzât ilâ Ebussuud” başlığı ile *Ma'rûzât*'a yer verilmiştir. Bu bakımdan, elbette *Ma'rûzât* metninin istinsah tarihinden önce mi yoksa sonra mı Kanunnâme metnine eklenmiş olduğu sorgulanabilir. Muhtemelen Düzenli, burada Kanunnâme'nin istinsah tarihinin *Ma'rûzât* metninin istinsah tarihini bağlamayacağını düşünmüş olmalıdır ve kanun metni ile *Ma'rûzât* arasında böyle bir fark olabileceğini düşünmek de gayet yerindedir. Yine de Kanunnâme'nin içerdiği ek bilgi kırıntıları, metnin bağlı olduğu temel kaynağın bazı genel özelliklerinden bahsedilmesi gerektiğini düşündürmektedir. *Milli Tettebular Mecmuası* haricindeki *Ma'rûzât*ların istinsah tarihleri yazar tarafından belirtilmiştir ancak, bunun haricinde bu metinlerin genel özellikleri ile ilgili bir bilgi verilmemiş olması bu bakımdan bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

Yazar “Ma'rûzât Kavramı, Ortaya Çıkışı ve Gelişimi” isimli bölümde, ma'rûzât teriminin, şeyhülislam tarafından padişaha sunulan ve onaylatılan bir fetvalar bütünü olduğunu ifade etmiştir (s. 27). Bu ifadeyle, aslında fetvanın padişah onayı olmadan bazı özelliklerden eksik kalacağı da dolaylı olarak vurgulanmış olmaktadır. Nitekim Düzenli, esasen fıkhi nitelikte olan bazı fetvalarla yapılan düzenlemelerin padişah onayı ile kanun haline gelmiş olduğunu ifade etmektedir (s. 34). Yine, yazar tarafından *Ma'rûzât* nüshalarında madde sayısı ve madde metinleri açısından ciddi farkların bulunduğu ifade edilmektedir (s. 37). Bu durum aslında yazarın kullandığı kaynaklarla bağlantılı olabilir. Yukarıda ifade edildiği üzere, *Ma'rûzât*lar genelde kanunnâmelerin veya fetva mecmualarının sonuna eklenmektedir. Dolayısıyla kanunnâmeleri kopyalayan kişinin tercihinine bağlı olarak bazı maddelerin o nüshaya alınmaması söz konusu olabilmektedir. Ancak, *Ma'rûzât*'ın “popüler” bir metin olduğu düşünüldüğünde, farklı nüshaların içinde farklı maddelerin tekrar edilebileceğini veya çıkarılmış olabileceğini söylemek de mümkündür. Yazarın transkripsiyonunda dikkat çeken diğer bir durum, orijinal metinde Arapça olarak yer alan hükümlerin bazılarının Türkçesinin verilmemiş olmasıdır. Osmanlı döneminde, bazı fetva mecmualarında, bir hükmün önce Arapça, sonra Osmanlıca olarak yazılması mümkündür. Ancak, burada kastedilen,

4 “Osmanlı Kanunnâmeleri”, *Milli Tettebular Mecmuası*, I/1 (1331), s. 49–112 ve I/2 (1331), s. 305–348, s. 49.

5 “Osmanlı Kanunnâmeleri”, s. 330.

Osmanlıcaya tercüme edilmemiş Arapça fetvalardır ki, bu fetvaların bir kısmının çevrilmemiş olması, Arapça bilmeyen okuyucu açısından sıkıntılı bir durumdur.

“Ma’rûzât-ı Ebussuud Efendi” bölümünde yazar, incelemiş olduğu yirmi bir metnin karşılaştırmalı bir analizini yapmıştır. Burada, metin tenkidinin yukarıda da bahsi geçen esas zor olan kısmı ortaya çıkmaktadır. Belirtildiği üzere, yazar, nüshalar arasındaki farkları belirtirken dipnot sisteminden yararlanmış ve metinler arasındaki en ufak bir farkı bile titizlikle belirtmiştir. Ahmet Ateş’in önerilerini dikkate alacak olursak, farklı nüshalar arasında karşılaştırma yapmak suretiyle amaçlanan hem yazarın (bu noktada Ebussuud’un) yazdığı metne en yakın olan nüshayı bulmak, hem de metinler arası akrabalık ilişkilerini tespit etmektir. Bu bakımdan aslında farklı nüshalarda yer alan ortak yazım hatalarının daha önemli ve belirleyici olduğu ifade edilmektedir. Fetvalar ile ilgili durumda, aynı fetvanın iki farklı metinde farklı biçimde cevaplandırılmış olması, bu tür belirleyici olan hatalara bir örnek teşkil eder. Ancak, bu farklılık, özellikle tarihçiler açısından, bir nüshanın tamamını elemeyi gerektirmez. Gerçi, Ahmet Ateş, temel amacı “(...) metni bütünlemek değil, asıl metni bulmak (...)” şeklinde nitelendirerek bir bakıma, bazı kopyalardaki bazı kısımların atılabileceğini ifade etmiştir. Neticede Ateş, filoloji bilimi açısından değerlendirme yapmaktadır ama meseleye tarih bilimi ve metodu açısından bakan araştırmacılar ekleme olduğu düşünülen metinlerde de önemli unsurlar keşfedebilir.

Düzenli, eserin en sonunda “Ma’rûzât Metni” isimli bölümde ulaştığı metni ortaya koymuştur. Yazar, metne dâhil edilecek hükümleri seçerken iki kıstası göz önüne almıştır. Bunlardan ilki, padişah iradesini “emr olundu”, “ferman olundu” gibi ifadelerle yansıtan hükümlerin varlığı, ikincisi ise birden fazla kopyada yer alan hükümlerin esas alınmasıdır (s. 233). Öte yandan, karşılaştırma kısmında yer alan ancak sadece Süleymaniye Kütüphanesi Fatih 3505 nüshasında görülen *Cinayat*, *Vesayat*, *Feraiz*, *İkrah*, *Hacr*, *Şuf’a* ve *Abd* kısımları *Ma’rûzât Metni*’ne dâhil edilmemiştir. Bu dâhil edilmemenin sebebi, Düzenli tarafından şu şekilde açıklanmıştır: “(...) nüsha örneğinde olduğu gibi özet olarak verilen maddelerde ‘ferman/emir’ kayıtlarının bulunmaması, özetlerde de kaynak belirtilmemiş olması bu metinlere ihtiyatla yaklaşmayı gerektirmektedir” (s. 35). Yazar, karşılaştırma bölümünde yapmadığı bir işi bu kısımda yapmış ve Arapça metinlerin tercümelerine burada yer vermiştir (s. 236, 238).

Pehlül Düzenli'nin Ebussuud'un *Ma'rûzât*'ı üzerine bir metin tenkidini içeren bu transkripsiyon çalışması, özellikle metin tenkidi açısından titizlikle yürütülmüştür. Yazarın metinler arasındaki farkları belirtmesi, bir hukuk metninin farklı müstensihler tarafından nasıl dile getirilebildiğini veya bazı durumlarda nasıl hatalı bir biçimde yansıtılabildiğini göstermek bakımından önemlidir. Ebussuud Efendi'nin *Ma'rûzât*'ı, hem tarihçiler, hem ilahiyatçılar hem de hukukçular için temel kaynaklardan biridir. Bu metnin farklı nüshalarının karşılaştırılmalı olarak değerlendirilmesi, metin hükümlerinin içeriğinin değerlendirilmesi kadar önemli bir çalışmadır. Öte yandan, Pehlül Düzenli'nin çalışmasından bağımsız bir biçimde, metin tenkidinin nasıl yapılması gerektiği üzerinde farklı metotların düşünülmesi ve ortaya konması da filologların üzerine düşen bir çalışma konusu olarak ortaya çıkmaktadır.⁶

Fatma Gül Karagöz

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

6 Metin tenkidi, Türkiye'de literatürde daha çok hadislerin yorumu açısından kullanılmaktadır ve metot açısından ortaya konulan eserler de, meseleye hadis yorumu ile ilgili olarak yaklaşmaktadır. Bu konuda yakın tarihli bir diğer eser ise Salahattin Polat tarafından verilen *Metin Tenkidi* isimli kitaptır, 2010 tarihinde Marmara Üniversitesi İlahiyat Vakfı Yayınları tarafından basılmıştır.

Ekler

Kur'ân-ı Kerim ve Kânûn-ı Esâsî

Kolcalı Abdülaziz (haz. Abdullah Taha İmamoğlu)*

Kolcalı Abdülaziz Bey'in Kânûn-ı Esâsî'nin şer-i şerife uygun olduğunu ortaya koymak ve meşrutiyetin esaslarının Kur'ân-ı Kerîm'le mutabık olduğunu vurgulamak için yazdığı bu risalenin tam adı *Kur'ân-ı Kerîm ve Kânûn-ı Esâsî: Hürriyet, müsavât, usûl-i meşveret, hürriyet ve hududu*'dur. Müellifin belirttiğine göre bu yazı ilk defa 8 Eylül 1908 tarihli *Metin Gazetesi*'nde yayımlanmış ve akabinde çevresindeki bazı dostlarının talebi üzerine risale olarak neşredilmiştir.

Kolcalı Abdülaziz Bey'in bu risalesinde 1876 tarihli Kânûn-ı Esâsî'den önce Osmanlı Devleti'nin anayasasının Kur'an olduğu ve imparatorluğun da bu kanuna dayandığını ifade eden görüşler ortaya konulmuştur.

1863 yılında Gulca'da doğan Abdülaziz Bey, 1900'lü yılların başında İstanbul'a yerleşmiş, İkdâm ve Metin gazetelerinde yazarlık, Enderun'da Arapça öğretmenliği ve idarecilik yapmıştır. Ayrıca Türkiye-Çin ilişkilerinde etkin bir isim olmuş ve İslâm'ın Çin'deki tarihine dair yazılar kaleme almıştır.¹

* Yrd. Doç. Dr., Trakya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi.

1 Ayrıntılı bilgi için bkz. Tarık Zafer Tunaya, Amme Hukukumuz Bakımından İkinci Meşrutiyet'in Siyasi Tefekküründe 'İslamcılık' Cereyanı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, XIX/3-4, (1954) s. 665-668; <http://turkish.cri>.

Metinde zikredilen ayetlerin mealleri verilirken Süleyman Ateş'in *Kur'an-ı Kerim Meali* tercih edilmiştir. Hadislerin tahrirleri yapılmış ve az sayıdaki Arapça ifadeler tarafımızdan tercüme edilmiştir. Metni daha sistematik kılmak için başlıklar numaralandırılmıştır.

Kolcalı Abdülaziz'in başlıca eserleri şunlardır: 1. *Reddiye* (Mahmud Bey Matbaası, İstanbul 1317/1899, 15 sayfa): Eserin kapağında *Beyrut'da Neşrolunan Semarâtül-Fûnun Gazetesinin Fonografa Dair Şer'i Şerife Mugayir bir Makalesi* yazmaktadır. Risalede belirtildiğine göre bu yazı Trablus gazetesinde yazılan *Suâlu garîb ve cevabû men ahkere mucîb* adlı makaleye bir reddiye niteliğindedir. Kolcalı, bu risalede Arapça makalenin tercümesini yapmış ve mezkur iddiaya cevaplar vermiştir; 2. *Çin'de Din-i Mübin-i İslam ve Çin Müslümanları* (Mahmut Bey Matbaası, İstanbul 1901, 38 sayfa); 3. *Kur'an-ı Kerim ve Kânûn-i Esâsî*, (Vezir Hanı 48 Numaralı Matbaa, Dersaadet 1326/1908, 13 sayfa); 4. *Sual ve Cevaplı Ulum-ı Diniye* (Ahmed Saki Bey Matbaası, Dersaadet 1327/1909, 86 sayfa); 5. *İslâmiyet ve İttihad-ı Anasır ve Adalet, Müsavat, Meşrutiyet, Hâkimiyet-i Milliye, Gayrimüslimlerin Hukuku ve Beyanname-yi Şeyhülislâm*, (Enderun-ı Hümayun Eser-i Terakki Şirketi, 1911, 48 sayfa); 6. *Rasûlullah Efendimizin Vasiyetleri ve Bir Teklif-i Mühim* ([y.y.], İstanbul 1330/1911, 54 sayfa)*; 7. *Bir Çin Âlimi Nazarında İstikbal-i Şarkın Yeni Güneşi Gazi Mustafa Kemal Hz. Umum Türklerin ve Bütün İnsaniyetin İttihadı* (İstanbul: 1933, Zaman Kitaphanesi, 23 sayfa) Cumhuriyet Gazetesi'nin 25 Şubat 1933 tarihli sayısında bu kitabın tanıtımı "Uzak Şark ahvaline derin vukufu bulunan Türk âlimlerinden Kolcalı Abdülaziz Bey'in tahrir ve neşreylediği Şarkın yeni güneşi Gazi Mustafa Kemal Hazretleri eseri bize Şarkî Asya'nın Türk inkılâbına karşı bakışını pek güzel tasvir ediyor" şeklinde verilmiştir.

İfâde-i Merâm

Metin Gazetesi'nin 11 Şabân 1326/8 Eylül 1908 tarihli ve 29 numaralı nüshasında hürriyet, müsâvât, usûl-i meşveret ve Kânûn-i Esâsî'nin Kur'an-ı Kerim'e muvâfık olduğunu muhtevî ve medeniyet-i İslâmiye'nin esasını hâvî bir bend neşretmiş idim. Bu bendin bir risale şekline ifrâğ edilmesi İslâm, hırs-tiyandan öteden beri teveccühlerine mazhar olmakla müftehir bulunduğum

cn/882/2013/09/24/1s152286.htm; Şükrü Hanioglu, "Meşrutiyet", *DİA* c. XXIX, s. 388-393; İsmail Kara, *İslamcıların Siyasi Görüşleri I*, s. 183-192.

* "Hacı Selim Ağa Kütüphanesi, Hüdai Efendi, Kütüphane nr. 000638; Millet Kütüphanesi, Ali Emiri, Şeriye, Kütüphane nr. 000603.

bazı zevât tarafından tavsiye edildiğinden mezkûr bendin *Kur'ân-ı Kerîm ve Kânûn-ı Esâsî, hürriyet, müsâvât, usûl-i meşveret, hürriyet ve hududu* nâmıyla tadîl ve tevsî ederek maraz-ı intişâra vaz'ına ictisâr eyledim.

Abdülaziz

Kur'ân-ı Kerîm ve Kânûn-ı Esâsî

1. Hürriyet, müsâvât, usûl-i meşveret

Malumdur ki insan bu âlem-i hayâta münferiden gelmek ve sâha-i tabiatta müctemian yaşamak mecburiyetindedir.

Bu hâl insanın tabii olan ihtiyaçlarındandır. İnsan bu ihtiyâc-ı tabîyesine itaata nasıl mecbur ise hürriyet, müsâvât gibi fitrî, cibillî olan ihtiyaçlarını dahi tesviyeye öyle mecburdur.

İnsan fitraten, cibilleten mâlik olduğu havâicini tahsîl ve tasarrufta ne gibi kavânîn ve vezâife tâbi ise mensûbu bulunduğu heyet-i ictimâiyenin efrâd ve erkânı dahi o kavânîne tâbidir. Bu kavânîn hukûk-ı tabiiye, hukûk-ı ictimâiye, hukûk-ı medeniye, hukûk-ı şeriye nâmlarıyla mevsûmdur.

Beşerin terakkisi, teâlisi, saadeti bu kavânîne riayet sayesinde vücûd bulur. Bu kavânîn nazarında herkes birdir. Hiç bir kimse için istisnâiyet yoktur. Fakat Hurşîd-i füyûzât-ı şerîat-ı garrâ-yı Ahmediye'nin meşrik-ı hidâyetinden infilâk ve fûrûzânından evvel âlem-i beşer kesif bir hicâb-ı zulüm ve vahşet ve itisâfla mestûr ve küre-i arzın mamûr kısımları Fars Devleti'yle Roma İmparatorluğu'na tâbi bulunur idi. Roma İmparatorluğu'na tâbi bulunan akvâm bir takım tekâlîf-i itisâfiye ve cevriye altında inliyor idi. Bu imparatorluğun bu halini *Larousse Ansiklopedisi*'nde yani *Muhîtu'l-Maarif*'inde alâ vechi'l-icmâl Roma'nın nizâmâtı ne idi? Serlevhasıyla şu yolda tarif ve izah ediyor: "Vahşet ve itisâf Roma'da nizâmât ve kavânîn sûretlerinde musavver ve mürettep idi. Vatanperverlik libâs-ı vahşeti iktisâ ederek ebnâ-yı cinsinin malını gasb etmek ve ecânibe düşman nazarıyla bakmak şefkat ve merhamet gibi mezâyâ-yı insâniyeye itibar etmemek azamet ve faziletleri ebnâ-yı cinslerini kılıç ve kırbaç ile istikbâl etmek ve üserâ-yı harbiyeyi esarete mahkûm etmek ve şüyûha zafer arabalarını çekirtmekten ibaret idi"

Larousse'un şu sözleri Roma'nın zulüm ve istibdâd ve tahakkümüne dair sözümüzün sıdkını isbata kâfidir. Fars Devleti'ne gelince bunun tâbiîni dahi ilm-i celîl-i târîhin kuyûdât ve şevâhidine göre Roma tâbiyeti gibi nimet-i

hürriyet ve müsâvâtta mahrûm ve mütegaliblerin tesahhur, istihzâ ve teca-vüzlerine maruz bulunuyor idi.

Kur'ân-ı azîmü's-şânın eğer hak, onların keyiflerine uysaydı, gökler, yer ve bunların içinde bulunan kimseler bozulur, giderdi." [Mü'minûn, 23/71] âyet-i kerîmesinin mantûk-ı münîfi üzere ecnâs-ı nev-i beşer bu iki devletin müteneffiz mütegaliblerin zulüm ve istibdâdından felaketten felakete ye'sden ye'se dûçâr oluyor idi. Âlem-i nev-i beşerî böyle bir hicâb-ı kesif-i felaket ve sefalet-i muhîta olduğu bir sırada idi ki Mekke-i Mükerreme eyyede-hâ Allâhu ilâ yevmi'l-kıyâmın ufk-ı mübârekinden âfitâb-ı cihân-efrûz-ı İslâmiyet kemâl-i azamet ve şevketle tulû' ve buzûg eyledi. Bu hurşîd-i azamet ve şevke-tin felek-i kâinata terakkisi, teâlisi, devamı, ebediyeti saadet-câzib bir kânun-ı kudsi-i lâ-yetagayyer-i ilâhî ile temin olundu. İşte böyle bir namus-ı hükû-met ve adaletle âleme şeref-vürûd eden dîn-i mübîn-i İslâm evvela Kur'ân-ı azîmü's-şânın Cüz Yirmi Altı[daki] Hucurat sûresinin "Ey nâs! Cümle-niz bir zevc ve zevceden mütevellid bir mahlûksunuz ve sizden birinizin diğerinize karşı hiç bir itibar ve meziyeti yoktur. Ve sizin şubelere, fırkalara, kabilelere münkasım olmanız yek diğerinizi bilmeniz içindir. Ve ancak sizden hukûk-ı tabiye, ictimâie, medeniye, şeriyeye riayet edenler ind-i ilâhîde mükerrrem ve muhteremlerdir" meâl-i münîfindeki on üçüncü "Ey insanlar! Biz sizi bir erkek ve bir kadından yarattık ve birbirinizi tanımanız için sizi milletlere ve kabilelere ayırdık. Allah yanında en üstün olanınız, (günâhlardan) en çok ko-runanızdır. Allah bilendir, haber alandır." [Hucurât, 49/13] âyet-i kerime-siyle [ifade buyurdu.]

Sâniyen nâtık-ı hikmet-i adalet, şârih-i nass-ı müsâvât ve hürriyet, ruh-ı cesedi'l-kevneyn sallâllahu aleyhi ve sellem Efendimiz hazretlerinin;

"Cenâb-ı Hakk ni'met-i celîle-i İslâmiyet ile câhiliyet kâbâilinin kibr ü nah-vetlerini ve asalet ile tefâhurunu mahv buyurdu. Çünkü bütün insanlar âdemden müteşayb ve müteferrik ve Âdem dahi türabdan mahlûktur. Bunun için insanlar kâffe-i hukûkta yeksân ve müsâvidirler. Ve yekdiğerlerine karşı hiç bir meziyet ve rûchâniyetleri yoktur. Ve ancak tabiî, ictimâî, medenî, şer'î olan hukuka riayet edenler huzûr-ı İlâhîde muhterem ve mükerrrem-lerdir. Ey Muhammed'in (sav) kızı Fatıma, amm ve halaları Abbas ve Safi-yye! Huzûr-ı İlâhîde benden size bir fâide yoktur. Ve herkes kendi ameliyle mücâzedir. Benim amelimden size ve sizin amelinizden bana bir menfaat yoktur"

mefhûm-ı ulviyyet-meâlindeki “Şüphesiz ki Allah İslamiyet’le sizden cahiliyetin kibir ve gururunu gidermiş, aba ve ecdatla böbürlenmeyi de kaldırmıştır. Çünkü insanlar Âdem’denidir. Âdem de topraktandır. Allah katında en kıymetliniz O’ndan en çok sakınanınızdır.”² “Ey Abbas! Ey Peygamber’in halası Sa’fiye! Ey Muhammed’in kızı Fatıma! Ben sizi hiçbir şekilde Allah’ın azabından koruyamam. Benim amelim bana, sizin ameliniz de sizedir.”³ ehâdîs-i şerîfeleriyle bilâ-fark umûm insanların kâffe-i hukuk-ı tabiiye ve medeniye ve ictimâiyede yeksân ve müsâvî olduklarını ilân ve bu münasebetle servet, asalet, kuvvet, ruhâniyet perdeleriyle imtiyâz davasında bulunan müteneffizlerin, mütegaliblerin, müstebidlerin nev-i beşere olan tahakkümlerini, tasallutlarını mahv u iptal ve hukukta müsâvât, kânûn-ı adaletini umûma teşmîl buyurdu.

Sâlisen hukukun icrâ ve tenfizine memur olan ulû’l-emre itaatın lüzûmu Cüz Dört[teki] Nisa sûresinin elli dokuzuncu “Ey vahdâniyyet-i İlâhiyye’ye iman edenler! Allah’a, Resûlüne, ulû’l-emre itaat ediniz” mazmûn-ı şerîfindeki “Ey iman edenler, Allah’a itaat edin, Peygamber’e itaat edin ve sizden olan emir sahiplerine de itaat edin. [Nisâ, 4/59] âyet-i kerîmesiyle beyân ulû’l-emre ve erkâna tedvîr-i umûrda istişarenin ârâ-yı ümmete müracaatın vücûbunu Cüz Üç[teki] Âl-i İmrân sûresinin yüz altmış beşinci “Ey Habibim! Allah’ın rahmet ve inayetiyle mülayim oldun. Şayet galîz ve haşinü’l-kalb olaydın ümmetin hep etrafından dağılırlar idi. Bunlara afv u safh ile muamele et. Allah’tan mağfiretlerini dile. Bununla beraber işte kendileriyle istişare eyle. Bir işe azmettiğin vakit Allah’a mütevekkil ol. Hüdâ ehl-i tevekkülü sever.” Cüz Yirmi Altı[daki] Şûrâ sûresinin otuz sekizinci ve “Allah’ın makbûlü olan mü’minlerin umûr-ı mesâlihî aralarında meşveret ile cereyan eder” meâllerindeki “Allâh’ın rahmeti sebebiyledir ki, sen onlara yumuşak davrandın. Eğer kaba, katı yürekli olsaydın, çevrenden dağılır, giderlerdi. Öyleyse onların kusurlarından geç, onlar için mağfiret dile. İşini onlara danış.” [Âl-i İmrân, 3/159] İlâ âhirihi. “Rablerinin çağrısına gelirler, namazı kılarlar. İşleri, aralarında danışma iledir.” [Şûrâ, 42/38] İlâ âhirihi. Âyât-ı kerimeleriyle îzâh ve nev-i beşeri giriftâr ve dūçâr olduğu zulmet-i ye’s ve felaketten tahlîs ve bu vesâil-i hikemiyye ile âlemin her tarafında hakikî, ilmî, hikemî, edebî, fennî, mesûdiyyet-i beşeri muhtevî medeniyetler tesîs buyurdu. İslâmiyet’in tesis buyurduğu bu medeniyet-i âliyenin fuyûzât-ı nûraniyesi hayret-bahş, hârîka-nûmâ, bir hareket ile cihânı saadetlere, terakkîlere mamuriyetlere gark eyledi. Medeniyet-i İslâmiye’den fûrûzân olan envâr-ı terakkî ve saadet semâvâta yükseldi.

2 Rabi b. el-Habîb, *Müsned*, Dâru’l-Hikme, Beyrut, 1994, I, 170.

3 Beyhakî, *Şuabu’l-îmân*, Mektebetü’r-Rüşd, Riyad, 2003, c. IX, s. 507.

Bu füyûzâtı bu envârı gören her kavim, her kabile o cevâhir-ı nûr-ı enverden istifade, istifâza, istinâre için şitâbân oldu. Endülüs Afrikalılara, Garblılara; Buhârâ, Kazanîlere, Çinlilere, Fergânîlere merkez-i istifâza oldu.

Garblılar, Endülüs medeniyet-i İslâmiye'sinden aldıkları füyûzât-ı ilmiye ve fıkır ü fenniyyeden XIX. asrın nısf-ı evvelinden itibaren istifade ettiler. Ve bu gün ki terakkiyât-ı fenniye, havârik-i sınıâiyeye vâsıl oldular.

İşte medeniyet-i İslâmiyye'nin bu füyûzât-ı zâhire ve meâliyât-ı sâtıası binâ-yı rasînin hürriyet, müsâvât, usûl-i meşveret rükünlerine müstenid ve bu rükünlerin dahî hükm-i hikmet-i münîf-i Kur'ân'la müeyyed ve müşeyyed bulunmasının netâic-i âliyesindendir.

Kur'ân-ı azîmüş-ş-şân medeniyet-i İslâmiye bünyân-ı âlisini böyle erkân üzere tesis ettiği gibi bu erkânın hâle ve zevâlden muhafazasını dahi birçok mevâdd-ı mahsûsa ile temin buyurduğundan o maddelerin Kânûn-ı Esâsî'ye temas eden kısımları ber-vech-i âtî bast u beyân edilmiştir.

2. Hürriyet ve Hududu

İctimâyla yaşamak mecburiyetinde bulunan akvâm-ı beşeriyenin hukuk-ı şahsiye ve ictimâiyelerinin tecavüzden mahfûz âdât ve muâmelât-ı kavmiyelerinin hedef-i istihzâ ve tesahhur olmaktan masûn bulunması müsâvât-ı hukûk kânûn-ı celîlinin bahş buyurduğu umûr-ı vâcibe-i hikemiyedendir. Her heyet-i ictimâiye için bu emr-i vâcib-i hikemînin muhafazası temin ve mesâlih-i şahsiye ve ictimâiyyeyi tekeffül eden mevâddın hududunu tahdîd ve tayin ve muktezasıyla amel etmesi lâzımdır.

Bu lüzûm-ı ictimâiyyenin muktezâsıyla amel eden her kavim arasında imtizâc, meveddet, muhabbet, musâdakat, muhâlasat, terâhum, teâvun gibi mezâyâ ve fezâilin istikrâr edeceği ve bu fezâil ve meâlî üzere teessüs eden bir medeniyetin tezelzülünden masun ve ilelebed payidar kalacağı ve hasâisten ârî, hâlî bulunan diğer medeniyetlere tefevvuk ve tadrîci o medeniyetleri dâire-i saadetine, menba-ı feyzine muhît-i hayatına celb edeceği beyandan müstağni bir emr-i tecârib-meâl ve hakâik-iştîmâldir.

İşte bu fezâil, bu mezâyâ, bu meâlî, bu mekârim, bu tecârib, bu hakâik bütün şaşaasıyla medeniyet-i İslâmiye'de bâsire-pîrâdır. Çünkü medeniyet-i İslâmiye'nin merci-i hikemîsi ve bütün fezâil ve mekârimin menbaı olan Kur'ân-ı Kerîmü's-ş-şân evvelâ hürriyet ve müsâvât-ı hukûk kânûn-ı celîlini

bilâ-tefrîk-i cins ve mezheb umûm akvâm-ı beşeriyeye teşmîl ettiği yukarıdaki faslımızda görülmüştür.

Sâniyen bu kânûn-ı celîlin halelden muhafazasını temîn için Cüz Yirmi Altı[daki] Hucurât suresinin 11. ve 12. “Ey iman edenler! Bir topluluk bir diğerini alaya almasın.” İlâ âhirihi. “Ey iman edenler! Zannın birçoğundan sakının.” İlâ âhirihi. [Hucurât, 49/11-12] ayetlerinde müminlerden bir kavmin akvâm-ı muhtelif-i beşeriyeden diğer bir kavmi ve müminâtattan bir tâifenin tavâif-i muhtelif-i nisâiyeden diğer bir tâifeyi istihzâ, tayîb etmesi, şeyn-i nakîsa verici isimler, lakaplar ile nidâ, davet edilmesi sûizanda, tecessüs-i uyûbda gıybette yani arkadan uyûbu tezkâr ve ifşâda bulunmasının asla câiz olmadığını tasrîh ve mahall-i müsâvât olan bu maddelerden sûret-i şedîdede men etmiştir.

Sâlisen bütün seyyiât ve kabâihin tevlîdini ve heyet-i ictimâiyyenin tedennî ve inhitâtını mûcib olan cehliden, kizbden şûrb-i hamrdan tahzîr etmiştir.

Râbian irtikâbı hukûk-ı şahsiye ve umumiyenin ihlâl ve ifsâdını müstelzim olan Cüz On Beş[teki] Benî İsrâîl suresinin 21-22, 30-32, 35 ve 36. ayetlerinde putperestlikten, ebeveyne ihanet etmekten, malı israftan, zinadan, yetim malını yemekten, haksız kan dökmekten, bilmediğini söylemekten nehyetmiştir.

Hâmisen gerek medeniyet-i İslâmiye’nin dâire-i saadet-ihtivâsında ve zîr-i cenâh-ı re’fet ve şefkatinde ve gerek hâricinde bulunan edyân ve mezâhib-i muhtelif-i tâbiyyetini kerhen ve cebren İslamiyet’e idhâlden ve husûsât-ı sâirede ezâ ve cefâdan ve bunlar hakkında müsâvât ve adâlete adem-i riâyetten Cüz Üç[teki] Bakara ve Cüz On Bir[deki] Yunus ve Cüz Yirmi Sekiz[deki] Mümtetine surelerinin 256, 99 ve 8. “Dinde zorlama yoktur.” [Bakara, 2/256] İlâ âhirihi. Eğer Rabbin dileseydi, yeryüzünde bulunanların hepsi elbette topyekûn iman ederlerdi. Böyle iken sen mi mü’min olsunlar diye, insanları zorlayacaksın? İlâ âhirihi. [Yunus, 10/99] Allah, sizi, din konusunda sizinle savaşmamış, sizi yurtlarınızdan da çıkarmamış kimselere iyilik etmekten, onlara âdil davranmaktan men etmez. Şüphesiz Allah, âdil davrananları sever. [Mümtetine, 60/8] ayetlerinde menetmiştir.

Sâdisen Cüz On Sekiz[deki] Nûr suresinin birçok âyâtında vezâif-i muâmelât-ı âileyi tayîn “Her biriniz birer çobansınız ve hepiniz sürünüzden

mesulsünüz.”⁴ hadîs-i şerifinde vezâif-i ailiyeden reîs-i aileyi mesul tutmuştur. İşte buraya kadar keşîde-i silk-i sutûr-ı fahr ü mübâhât edilen âyât-ı celîle-i Kur’âniye ve ehâdîs-i şerîfe-i nebeviye hürriyet, müsâvât ve usûl-i meşveretin şeriat-ı garrâ-yı Ahmediye’nin esaslarından bulunduğunu bildirdiği gibi bu esasların halelden muhafazasını temin eden esbâb ve levâzımı dahi vâzıh bir surette gösterdiğini beyâna hâcet yoktur.

Bu esas ve levâzımıyla hareket eden medeniyet-i İslâmiye evvelleri yukarıda gördüğümüz harika-nümâk, veleh-bahşâ terakkileri, teâlîleri üstatlıkları göstermiş sonraları ise mahza aks-i esastaki ameliyenin neticesi olarak tedennilere, teşettütlere, felaketlere düçâr olmuştur.

Medeniyet-i İslâmiye’nin bu hâl-i vehâmet-encâmını gören hilâfet-i mufahhama-i İslâmiye ve millet-i muazzama-i Osmaniye Kur’ân-ı azîmu’s-şân’ın evveliden bahş buyurmuş olduğu hürriyet, müsâvât, usûl-i meşveret ve levâzımıyla ameli mutazammın olan Kânûn-ı Esâsî ile harekete bu kere tecdîden başlamışlardır ki inâyet-ı hakk ve meded-i ruhâniyet-i Hazreti Peygamberî ile medeniyet-i İslâmiye ve Osmaniye’nin evvelki şaşaa-i teâliyât, debdebe-i terakkiyât, havârik-i sînââtına vâsıl olacağına şüphe yoktur. Ve minellâhi’t-tevfîk

el-Âciz el-Müftekir ilâ Allahi azze ve celle

Abdülaziz es-Sînî el-Kolcalı

4 Ebû Dâvûd, “Harâc”, 1.